التعويـض العينـي

(دراســة مقارنــة)

رسالـة تقـدم بـها

نصير صبار لفته

إلى

مجلس كلية الحقوق / جامعة النهرين (جامعة صدام- سابقاً)

وهي جزء من متطلبات نيل درجة الماجستير في القانون الخاص

بإشراف

الأستاذ المساعد الدكتور

صبري حمد خاطر

١٤٢٢ هـ   آذار   ٢٠٠١ م

خاص بموقع المنشاوي للدراسات والبحوث www.minshawi.com

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العاملين والصلاة والسلام على رسول الله محمد (ص) وآله الطيبين الطاهرين

م/ ملخص الدراسة

- اذا كان التعويض العيني مألوفاً من جهة وروده في لغة الفقه فهذا لا يعني ان له معنى دقيقاًيعرف به. ذلك ان للتعويض العيني _ كما يبدو_ اوجهاً شتى وتحليل ما ورد بصدده عند الفقه يدل على وجود اختلاف حول مدلوله.
- ولصعوبته الموضوعية والمنهجية وجد الرافضون في دراسة التعويض العيني سبباً مضافاً، ودعماً لحجتهم القائلة ان الوسيلة الوحيدة لتعويض المتضرر هي الحكم له بمبلغ نقدي، وان محو الضرر ضرب من الخيال والرفاهية الفكرية غير المجدية.
- وتجد مثل هذه الحجج وغيرها قبولاً هنا وهناك. ومما يساعد على ذلك موقف البعض من الزمان على اساس ان الماضي لا ينمحي.
- ولعل حالة التردد في مواقف الفقه والقضاء فيما بينهما التي اعتبره بعضها تنفيذاً عينياً والبعض الاخر تعويض بمقابل، تلك المواقف المشتته لم تَفُت في عضدنا ولم تشع فينا حالة التردد.
- لقد الحت على ذهننا اسئلة كثيرة حول طبيعة هذا التعويض ؟ وطبيعة الاثر المترتب على الاخلال بالالتزام أ تنفيذاً عيني هو ام تعويض عيني ؟ واذا كانت طريقة التعويض العيني هي الطريقة المثلى لجبر الضرر، فهل يعني ذلك بأن نطاق تطبيقها في نطاق المسؤوليتيين العقدية والتقصيرية على حدٍ سواء ؟ ام ان تطبيقها قاصراً على احدهما من دون الاخرى ؟
- وفي ضوء تضارب الاراء حول امكانية التعويض العيني تبرز اشكالية "سلطة القضاء التقديرية ازاء التعويض العيني". ان هذه الاشكالية هي الاشكالية الاكاديمية التي تحاول رسالتنا، عبر توظيف المنهج العملي، الى محاولة استشفاف صورتها الاكثر احتمالاً. لهدف وضع نظرية عامة للتعويض العيني.

- اعتمدت خطة البحث اسلوب الدراسة المقارنة والمناقشة التحليلية

للتعويض العيني بكل جوانبه التي استطعنا الاحاطة بها. وانحصرت المقارنة ما بين القانون المدني الفرنسي والقانون المدني العراقي والتقنينات العربية الاخرى. ولم نغفل عن بيان موقف الفقه الاسلامي، ايماناً منا بعمق هذا الفقه وشموليته، لكون الشريعة الاسلامية هي المنبع الذي نشأ منه هذا التعويض.

- هذه السياحة الصعبة الممتعة والتي اضحت بمشيئة الله تعالى سهلة بعد

ان كانت ممتنعة عشناها بين الوصول الى وضوح الفكرة وسلاسة التعبير وبين السعي لتجنب الحشو والتكرار، الى جانب التركيز على الموضوعية والعلمية فجاءت الرسالة بمادتها التي تتسرب الى ذهن القارئ بيسرٍ وهدوء معتمدين الايجاز والتكثيف حيناً والابتعاد عن الاطناب الممل حيناً اخر.

- فأشتملت الرسالة بالاضافة الى مقدمتها على بابين وخاتمة:-
- فأما عن الباب الاول فيبحث الجانب النظري للدراسة وذلك ببيان مفهوم

التعويض العيني. قسمنا هذا الباب على فصلين، خصص اولها: لتأصيل فكرة التعويض العيني. اما الفصل الثاني فقد خصص لنطاق التعويض العيني.

- اما الباب الثاني فيبحث الجانب العملي للدراسة، اذ يتناول موضوع وضع

التعويض العيني موضع التطبيق. وقد قسمنا هذا الباب على فصلين. مستهلين البحث في هذا الجانب للنظر في مدى سلطة القاضي التقديرية ازاء التعويض العيني في الفصل الاول، ومستثنين من بعد لعرض مختلف انواع التعويض العيني في الفصل الثاني.

- اما الخاتمة فقد بينا في النتائج ان التعويض العيني هو التعويض غير

النقدي الذي يحكم به لمهاجمة مصدر الضرر او مادته مباشرةً، بمعنى ازالة مصدر الضرر وذلك بأزالة المخالفة عيناً او منع استمرار الضرر في المستقبل.

- كما نقترح تبني موقفاً تشريعياً يتسم بالوضوح والشمول لطرق التعويض

وشروطه وتقديره كافة، وذلك بفصل خاص مع مراعاة احكام المسؤوليتين العقدية والتقصيرية.

- كما نقترح تعديل الفقرة الثانية من المادة (٢٠٩) من القانون المدني

العراقي على النحو الاتي (عند القضاء بتعويض الضرر تُلزم المحكمة المسؤول عن الضرر، تبعاً لظروف القضية، بتعويض المتضرر عيناً، وذلك بأصلاح الشيء الذي اصابه التلف او ازالة الاضرار المتسببة بالكامل. او ان تحكم بأداء امر معين، او رد المثل في المثليات. واذا لم يكن ذلك ممكناً او لم يكن كافياً لتغطية الضرر فيكون التعويض عندئذ بالنقد).

- كما نقترح تعديل المادة (٢٥٢) من القانون المدني على النحو الاتي (اذا

التزم المدين بالامتناع عن عمل واخل بهذا الالتزام، جاز للدائن ان يطلب من المحكمة ترخيصاً في ان يقوم بهذه الازالة على نفقة المدين مع التعويض اذا كان له محل). ونقترح نقل هذه المادة الى مواد المسؤولية العقدية وذلك تجنباً للغموض الذي قد يقع فيه بعض الشراح مما يؤدي الى خلط التعويض العيني بالتنفيذ العيني.

- كما نقترح تعديل الفقرة الثانية من المادة (٧٦٤) من القانون المدني

العراقي على النحو الاتي (ان المستأجر الذي يستعمل المأجور على خلاف المعتاد يُلزم بأعادة العين المؤجرة الى الحالة التي عليها وبالتعويض اذا كان له مقتضى).

- ويتحمل الباحث عثرات عمله بصدر رحب وتواضعاً جم ولا يدعي

الاحاطة في العلم قياساً لأساتذته الاجلاء، وخير ما نستجير به قوله تعالى (ربنا لا تؤاخذنا ان نسينا او اخطئنا).

- وفي الختام اتقدم بخالص الشكر والتقدير الى استاذي المشرف لما

احاطني به من اخلاق كريمة ورعاية اخوية صادقة وما ابداه من توجيه ونصح.

- كما اتقدم بالامتنان والتقدير الى السيد رئيس لجنة المناقشة والسيدين

اعضاء لجنة المناقشة لقبولهم مناقشة رسالتي وما بذلوه من جهد وعناء في قراءة وتقويم هذه الرسالة.

ABSTRACT

The subject of this thesis is **the natural reparation**; this subject has been chosen due to the ambiguity of its concept despite its importance in the legal life.

The aim of this thesis comes as an attempt to put out a general theory to **the natural reparation**, through defining it, determining the scope which takes place with in and declaring the types, then to distinguish it form other similar legal order. Especially there are some who consider it the same as the natural execution.

The importance of **the natural reparation** don't include the juristic dialectic only, but the legislator in many legality systems made it ,in formulation the general framework of reparation judgments , ambiguity of its concept .There fore this kind of reparation stayed prisoner the public formulation and lit the judgment in it for judge according to his discretional power with out subtle and detailed specification of different elements that the judge must look after them in this field .And the place of this reparation , in obligation judgment ,is not in its place the art (252) of Iraqi civil law is found in the specialist chapter for the nature execution in the second part specialized for obligation effects .

However, this thesis is divided into an introduction, two parts and Conclusion.

The introduction has concentrated on the importance of the subject.

The first part is devoted to the concept of the natural reparation, which has been subdivided into two chapters:

1-Rooting the concept of the natural reparation.

2-The scope of the natural reparation.

The second part is devoted to the practical applications of “the natural reparation “which has been subdivided into two chapters:

1-Power the discretional judge.

2-The types of the natural reparation.

المحتويات

الفصل الثاني:- أنواع التعويض العيني

إقرار المشرف

اشهد بأن أعداد هذه الرسالة الموسومة بـ**(التعويض العيني – دراسة مقارنة)** جرى تحت إشرافي في كلية صدام للحقوق – جامعة صدام، وهي جزء من متطلبات نيل درجة الماجستير في القانون الخاص.

التوقيع /

الأستاذ المساعد الدكتور

صبري حمد خاطر

السبت ١٧/ ٣/ ٢٠٠١م

إقرار المقوم الفكري

راجعت رسالة طالب الماجستير المنسوب إلى كليتنا السيد نصير صبار لفته – لرسالته المعنونة بـ**(التعويض العيني – دراسة مقارنة)**– من الناحية الفكرية فأصبحت صالحة للمناقشة بقدر تعلق الأمر بالسلامة الفكرية.

التوقيع

الدكتور

عادل ناصر حسين

الاثنين ١٩/ ٣/ ٢٠٠١م.

إقرار المقوم اللغوي

راجعت رسالة طالب الماجستير المنسوب إلى جامعتكم الموقرة السيد نصير صبار لفته- لرسالته المعنونة بـ (التعويض العيني - دراسة مقارنة)- من الناحية اللغوية والنحوية والصرفية فأصبحت خالية من الأخطاء وتتسم بالأسلوب اللغوي الفصيح.ولأجله وقعت.

التوقيع /

الأستاذ المساعد

الدكتور سعد محمد جبر

كلية الآداب - الجامعة المستنصرية

معهد تعليم اللغة العربية لغير الناطقين بها

السبت ٣١/ ٣/ ٢٠٠١م

بناءاً على التوصيات المتوافرة أرشح هذه الرسالة للمناقشة.

التوقيع /

الأستاذ المساعد

زهير البشير

رئيس قسم القانون الخاص

قرار لجنة المناقشة

نشهد بأننا أعضاء لجنة المناقشة ، قد أطلعنا على الرسالة الموسومة بـــ (التعويض العيني / دراسة مقارنة)، وقد ناقشنا الطالب (نصير صبار لفته) في محتوياتها ، وفيما له علاقة بها، ونرى أنها جديرة للقبول بتقدير (جيد جداً) لنيل درجة الماجستير في اختصاص (القانون الخاص) ، في يوم الخميس المصادف ٢٠٠١/٧/١٩.

التوقيع:

الاسم: أ. د. عصمت عبد المجيد بكر

مستشار في مجلس شورى الدولة

التوقيع:

الاسم: أ . م . زهير سعيد طه البشير

رئيس قسم القانون الخاص

التوقيع:

الاسم: أ.م. صبري حمد خاطر

عضو و مشرف

التوقيع:

الاسم: أ . م . د . إبراهيم طه الفياض

مقرر الدراسات العليا

رئيس لجنه المناقشة

صدقت من مجلس كلية صدام للحقوق – جامعة صدام –.

الأستاذ الدكتور باسم محمد صالح

عميد كلية صدام للحقوق

التاريخ: ٣٠ / ٧ / ٢٠٠١

المقدمـة

تتمتع المسؤولية المدنية بأهمية خاصة تجعل لها مكاناً متميزاً مرموقاً في عالم القانون نظراً لما تتميز به من تطور وتقدم في أحكامها يتفق وتطور المجتمع وتقدمه، ويتماشى مع ما يسوده من أفكار وأنشطة . لذلك تكثر الكتابات و الأبحاث وتتعدد في هذا المجال الرحب الفسيح[١].

والملاحظ: أن موضوعات المسؤولية المدنية متعددة ومتنوعة، ومهما حظت بالبحث والاهتمام تبقى بحاجة لتلمس ما يطرأ عليها من تطور؛ أياً كان النطاق الذي يظهر فيه سواء : تعلق بأسباب قيامها أم بأركانها من خطأ وضرر وعلاقة سببية أو بأثرها ، عليه يظل موضوع التعويض بحاجة للدراسة لما له من أهمية عملية فهو الهدف النهائي من بحث المسؤولية ودراستها ، وهو ما يبغي المتضرر الوصول إليه في دعوى المسؤولية ، ويسعى المسؤول الى استبعاده. لذلك فإن المسائل التي يثيرها موضوع التعويض تبعد عن مشكلات المسؤولية ذاتها ، من حيث أساسها وفلسفتها . إذ يأتي التعويض في مرحلة لاحقة لقيام المسؤولية والانتهاء من تقريرها. والتعويض يثير

---

[١] يقول الدكتور محمود جمال الدين زكي في ذلك : لعل المسؤولية المدنية ، في الوقت الحاضر، هي مهد مشكلات القانون المدني ، ... ، ولازال الخلاف يستعر أواره في أمهات مسائل المسؤولية المدنية، وظلت تبعاً لهذا ، مجالاً واسعاً للاجتهاد ، بغية حسم النزاع فيها بالوصول إلى حلول مرضية ، ... الخ. مشكلات المسؤولية المدنية، ج١، في ازدواج ، أو وحدة المسؤولية المدنية ومسألة الخيرة، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٧٨، ف١، ص١.

-بدوره- العديد من المسائل والموضوعات العامة، تأتي في مقدمتها طرق التعـويض ، وخاصة التعويض العيني : موضوع دراستنا الحالية، وعلى الرغم من ذلك فقد لمسنا ان مشكلة هذا التعويض ما زالت قائمة من دون أن يقال فيها القول الفصل.

ولا تقتصر أهمية التعويض العيني على الجدل الفقهي، بل أن المشرع في غالبيـة الأنظمة القانونية جعله في صياغة الإطار العام لأحكام التعويض محل غموض. فظـل هذا الطراز من التعويض حبيس الصياغة العامة، وترك الحكم فيه للقاضي وفقاً لسلطته التقديرية. من دون تحديد تفصيلي ودقيق للعناصر المختلفة التي يتعين علـى القاضـي مراعاتها في هذا المجال[١]. كما أن مكان هذا التعويض في أحكام الالتزام فـي غيـر موضعه: إذ نجد المادة (٢٥٢) من القانون المدني العراقي ضمن الفصل الخاص بالتنفيذ الجبري من الباب الثاني المخصص لأثار الالتزام[٢].

وأخيراً ، وهذا هو الجانب الأكثر حيوية والأكثر انسجاماً في دراسـتنا ، ينبغـي علينا إبراز الاعتبارات التي تملي القبول أو الرفض من الفقه والقضاء للتعويض العيني، ولماذا يكون التعويض العيني معلناً في حالات معينة وغير معلن في حالات أخـرى ؟ وما هو التفسير القضائي أو الاجتماعي للحكم بالتعويض العيني أو التعويض النقـدي ؟ وما هي أهداف هذا الحكم ؟

وللاقتراب من النقاط التي تثيرها الدراسة ومحاولة النظر في إشكالاتها ، ألينـا أن نتخذ منهجاً موازنا ، منهجاً نتعرف فيه على الحلول المقارنة من دون إغفال الجوانـب العملية. فحاولنا -قدر المستطاع- تقصي العمل القضائي في أكثر من موقع، فالدراسـة

---

[١] انظر المادة (٢/٢٠٩) من القانون المدني العراقي. والمواد المقابلة لها: (م ١٧١ مدني مصري)و (م١٧٢ مدني سوري) و(م١٣٦ موجبات لبناني) و (م ١٧٤ مدني ليبي) و (م ١٦٤ مدني سوداني)و (م ١٣٢ مدني جزائري).

[٢] يقول الأستاذ الدكتور عبد المجيد الحكيم في ذلك : يلاحظ على نص المادة (٢٥٢) انه يتعلق بالمسـؤولية العقدية وعندئذ فمكانها هناك . الموجز في شرح القانون المدني العراقـي، ج٢ فـي أحكـام الالتـزام، ط٣، ١٩٧٧م، ص١٤ هامش رقم٨.

الحالية مثل غيرها من الدراسات التي تمس المسؤولية المدنية غنية بالمقولات والتساؤلات ، وتدعو بأستمرار إلى المراجعة والتقويم.

إن هذا المنحى الموازن لموضوع الدراسة جعلنا نبدأ البحث بالباب الأول نضمنه مفهوم التعويض العيني وقد قسم هذا الباب على فصلين ، خصص أولها لتأصيل فكرة التعويض العيني لدى الفقه والتشريعات القانونية والتاريخية وذلك في مبحثين : تناولنا في المبحث الأول التأصيل الفقهي للتعويض العيني وفي المبحث الثاني موقف التشريعات المختلفة من التعويض العيني . أما الفصل الثاني فقد خصص لنطاق التعويض العيني وقد قسمناه على مبحثين : تناولنا في المبحث الأول نطاق التعويض العيني بالنسبة للأوضاع القانونية المشابهة ، وفي المبحث الثاني نطاق التعويض العيني بوصفه أثراً للمسؤولية.

تعقب ذلك دراسة الموضوع من جانبه التطبيقي في الباب الثاني من هذه الرسالة، والذي يتناول موضوع وضع التعويض العيني موضع التطبيق: مستهلين البحث في هذا الجانب بالنظر في مدى سلطة القاضي التقديرية إزاء التعويض العيني في الفصل الأول، وقد قسم هذا الفصل على مبحثين: المبحث الأول يتناول سلطة القضاء، في حين يتناول المبحث الثاني عدم وجود حق في التعويض العيني. ومستثنين من بعد لعرض مختلف أنواع هذا التعويض في الفصل الثاني، وعبر ثلاثة مباحث يتناول المبحث الأول التعويض العيني المادي، ويتناول المبحث الثاني التعويض العيني القانوني، في حين يتناول المبحث الثالث التعويض العيني الأدبي.

ومما تجدر الإشارة إليه، أن الأسلوب المشتمل على عرض الحلول الثابتة لا يوافق موضوعنا، كما أن غموض فكرة التعويض العيني والمجادلات حول نظامه القضائي يجعلان دراستنا التطبيقية، في الباب الثاني مستحيلة من دون مساعدة القواعد المبينة في الباب الأول. بعبارة أخرى إننا نتسلح بالمبادئ المكتسبة في الباب الأول، عند التفكير في حالات صريحة للتعويض العيني.

وبعد ..

نرى انه مهما بذلنا من جهد في عرض الموضوع وفي المقارنة بين النتائج وتبني ما نراه صواباً، فأنه يبقى بحثنا جهداً إنسانياً يحتمل الخطأ والنسيان وهذا من طبيعة البشر والكمال لله وحدة. ولكن نأمل أن تشفع لنا صعوبة البحث. وخير ما نستجير به قوله تعالى : ((ربنا لا تؤاخذنا أن نسينا أو أخطأنا)).

الباب الأول

مفهوم التعويض العيني

يُعرّفُ التعويض العيني "La Reparation en Nature" بأنه، الحكم بإعادة الحالة الى ماكانت عليه قبل ان يرتكب المسؤول الخطأ الذي ادى الى وقوع الضرر. والتعويض العيني بهذا المعنى يُعدُّ افضل من التعويض النقدي ذلك انه يؤدي الى محو الضرر وإزالته بدلاً من بقاء الضرر على حاله واعطاء المتضرر مبلغاً من المال عوضاً عنه كما هو الحال في التعويض النقدي[1]. بعبارة اخرى انه يحقق للمتضرر

---

[1] يقول الاستاذ السنهوري في ذلك ((لايبقى من الاخلال او العمل غير المشروع سوى الذكرى)). الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج١ في مصادر الالتزام، دار احياء التراث العربي، القاهرة، ١٩٥٢م، ف٦٤٣ ص٩٦٦. وانظر في تبني هذا التعريف كلاً من د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، المجلد الثاني في الالتزامات، الفعل الضار والمسؤولية المدنية، القسم الاول في الاحكام العامة، ط٥، مطبعة

ترضية من جنس ما أصابه من ضرر وذلك بطريقة مباشرة أي من غير الحكم له بمبلغ من النقود[١]. بهدف إزالة الضرر عيناً[٢]. أي ازالة المخالفة[٣].

ومع ذلك فلابد من التوقف عند الفقه في معرفة هذا المفهوم وكذلك تأصيله في التشريعات المختلفة، ثم تحديد نطاق التعويض العيني بالنسبة للاوضاع القانونية المشابهة وذلك ببيان الخصائص التي تميز هذا المفهوم عن غيره من الافكار القانونية الاخرى وكذلك تحديد نطاق التعويض العيني بوصفه اثراً للمسؤولية . لذلك فقد تم تقسيم هذا الباب على فصلين، نتناول في الفصل الأول تأصيل التعويض العيني، وفي الفصل الثاني والأخير نطاق التعويض العيني.

السلام، القاهرة، ١٩٨٨م، ف١٨٩ ص٥٢٧. د. عاطف النقيب، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي- الخطأ والضرر، ط٣، بيروت، ١٩٨٤م، ص٣٨٤. د. جلال علي العدوي، اصول الالتزامات، مصادر الالتزامات، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٩٧م، ص٤٨٧. د. حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، ج١ في الضرر، مطبعة التايمس، بغداد، ١٩٩١م، ف٣٩٨-٣٩٩ ص٢٧٨-٢٧٩. د. سعدون العامري، تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية، بغداد، ١٩٨١م، ص١٤٩. وانظر المعنى نفسه في الفقه الفرنسي:-

Mazeaud Henri et Leon: Traite theorique et pratique de la responsabilite civil deleictuelle et contractuelle, t3, 4ed, , Paris. 1948-1950, n2302. Savatier: Traite de la responsabilite civil en droit Fransais, t2 2ed, , Paris, 1951, n 593. Planiol, Ripert et Esmeien: Traite pratique de droit civil Fransais, obligatisns, tv1, 2 ed, Paris 1952, 860.

[١] د. سليمان مرقس، المسؤولية المدنية في تقنينات البلاد العربية، القسم الاول، مطبعة الجيلاوي، القاهرة، ١٩٧١م، ف٦١٩ ص٦٠٢.

[٢] د. اكرم ياملكي ود. فائق الشماع، القانون التجاري، مطبعة وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد، ١٩٨٠م، ص٩٢١. د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل، التقدير القضائي للتعويض، بحث منشور في مجلة المحامي الكويتية، السنة ٨، اعداد ابريل- مايو- يونيو، ١٩٨٥م، ص٧١-٧٢.

[٣] الاستاذ السنهوري، الوسيط، ج٢، اثار الالتزام، دار احياء التراث العربي، القاهرة، ١٩٥٦، ف٤٤٠ ص٧٩٧.

خاص بموقع المنشاوي للدراسات والبحوث www.minshawi.com

الفصل الاول

تأصيل التعويض العيني

نتناول في هذا الفصل الموقف الفقهي في تبيان فكرة التعويض العينـــي فـــي المبحث الاول ومن ثم موقف التشريعات من التعويض العيني في المبحث الثاني.

المبحث الاول

التأصيل الفقهي للتعويض العيني

إختلف الفقه في تحديد مفهوم التعويض العيني من الناحية القانونية، وبرز اتجاهان، الاول يرفض فكرة التعويض العيني والثاني يقبل بها. وهذا مانبينه في المطلبين الاتيين:

المطلب الاول

الاتجاه الرافض لفكرة التعويض العيني

إذ كان تعريف التعويض العيني يعني محو الضرر بإعادة حالة الاشياء الى ماقبـــل وقوع الضرر. الا ان هذا التعريف قوبل بانتقادات كثيرة الى حد إنكار وجوده، وذلـــك من خلال اتجاهين، الاول يرفض المصطلح والثاني يرفض المضمون. وذلك كالاتي:-

اولاً. الاتجاه الرافض للمصطلح:-

إذ كان التعويض كجزاء للمسؤولية المدنية يمثل منفعة بإزالة الضرر. الا انه بعض الاراء اعترضت على ان ازالة الضرر تعويض عيني.

إذ لايرى الاستاذ **سافاتيه "Savatier"** إن إزالة المخالفة تعويض عيني، وإنما هو اصلاح للشيء التالف لأن القاضي لايعوض وإنما يحكم بازالة المخالفة. مثل توقف المنافسة غير المشروعة او توقف الاستعمال غير القانوني لاسماء الاخرين والقابهم[١].

ويقول "**سافاتيه**" بأنه، لاتترتب المسؤولية في هذه الفرضيات، الا اذا كانت المخالفة قد سببت ضرراً، او اذا كانت المخالفة مقترنة بالغرامة المالية. وبالمقابل، ستكون قضية المسؤولية او التعويض تجديداً للشيء التالف. وان التعويض العيني سيشتمل على اصلاح شيء ما مدّمر او تالف، مثل إبطال الغش. كما أن التعويض العيني ملائم جداً لوصف التدابير التي ترمي لمنع تحقق الضرر[٢].

ويلاحظ ان هذا التمييز يستمد امثلته -غالباً- من موضوع المنافسة غير المشروعة من خلال إغتصاب الاسم التجاري، عناوين المحلات، السمات الخاصة لمصنع او العلامات التجارية والصناعية الاخرى، هذا من جهة. ومن جهة اخرى، بأنه حيث المسؤولية فأنه يوجد حتماً مخالفة.

ويرى "**سافاتييه**" ان القضاء الفرنسي لم يأخذ بالفكرة المصطنعة للتعويض العيني، استناداً للتمييز اعلاه، إذ لايكون الحكم بازالة المخالفة سوى فعل المسؤولية وان القرارات في جزاء المنافسة غير المشروعة تكون مزودة بإثبات[٣].

---

(١) Savatier, OP, cit, n̊ 593.

(٢) Savatier, OP, cit, n̊76.

(٣) Ibid, n̊ 594.

ويرى روبيه **"Roubier"** انه، اذا كان الغرض من الحكم هو إنهاء حالة التصرف غير المشروع فلسنا بصدد مسؤولية. بمعنى اخر ان ذلك ليس تعويضاً عينياً[١].

وانتقد هذان الرأيان من حيث كونهما قائمين على الافتراض، إذ يعتمد القضاء الفرنسي على المادة (١٣٨٢) من القانون المدني الفرنسي بنصها ((كل فعل أياً كان- يقع من الانسان ويحدث ضرراً بالغير يلزم من وقع هذا الفعل الضار بخطئه بتعويض هذا الضرر))[٢]، عند ترتيب التدابير الخاصة بالامتناع: لتلافي الخلط بين إسمي محليين تجاريين، وترتب المنافسة غير المشروعة المسؤولية[٣]. وبالمقابل، اذا كان استعمال اسم محل تجاري اخر لايشكل خطراً في نشوء الخلط لمعرفة البُعد بين المنافسين وغياب الفروع، بعبارة اخرى انه اذا كان المدعي عليه يمارس حقه بطريقة لاتؤذِ الاخرين. فأنه تُرد دعوى المدعي لطلبه التدخل بشأن هذا الاستعمال لتنظيم ممارسة الحق او الحكم بالتدابير الخاصة لتجنب الخلط (الارتباك) او الحكم بإزالة المخالفة[٤]. كما ويُعد الحكم بتنظيم ممارسة الحق تعويضاً عينياً، وذلك بتدخل القضاء فيما يخص المنافسة غير المشروعة. ويكون نفسه في كل الحالات، مثل تنظيم حق الملكية وحق استعمال

---

[١] Roubier: Distinction entre l'ction en contrefacon et l'action en concurrence deloyale Rev. Trim, 1952, P. 167.

[٢] L'art 1382:- ((Toute fait que lconque de L'homme, qui cause a autruil un dommage, oblige celui par la faute de quel il est arrive, a le reparer)).

[٣] انظر قرارات القضاء الفرنسي المشار اليهما في:-
Aktham El-Kholy: la reparation en nature, these, Paris, 1954, P.16.

[٤] يمكننا هنا ان نستشهد بالمادة (٤١) من القانون المدني العراقي بنصها على انه ((لكل من نازعه الغير في استعمال لقبه بلا مبرر ولكل من انتحل الغير لقبه، أن يطلب وقف هذا التعرض وان يطلب التعويض اذا لحقه ضرر من ذلك)) تقابلها المواد (٥٠، ٥١ مدني مصري) و (٥٢ مدني سوري). ويبدو من هذا النص ان التوقف للتعرض غير المشروع يتميز بوضوح عن التعويض. ولكن استعمال لقب الاخرين بلا مسوغ قانوني يحدث في الاقل ضرراً معيناً: وهو خطر الارتباك او الالتباس. وبصورة اوسع سوف نرى بأن القانون العراقي يحتوي على نصوص ضمن معنى منع التعرض بشأن حق الملكية.

المياه إذ يخضعان لقواعد حق ممارسة التجارة نفسها، ويكون التنظيم باعادة الحال الى ماكانت عليه.

وثمة **رأي آخر** يرفض التعويض العيني. ويتبلور هذا الرأي من خلال طرح الاستاذان ربير وبولانجيه "Ripert (G.) et Boulanger"، اذ يذهب هذان الكاتبان الى ان التعويض هو الحكم بمبلغ من النقود، امّا سوى هذا الطراز من التعويض فيمثل الحكم باحترام الحق: ففعل الاعتداء على الحق إما ان يمسه بأذى بمعنى الضرر وإما ان يخالفه- ومعالجة الضرر تعويض، اما احترام الحق فهو اجراء لحماية هذا الحق[١]. وعليه، لايكون طلب المدعي للحكم بالتدابير لحماية حقه الشخصي المنتهك تعويضاً عينياً. مثل الابطال لعمل احتيالي او التدابير المانعة للارتباك فيما يخص المنافسة غير المشروعة[٢].

ويبدو إذن، بالنسبة لـ"**ربير و بولانجيه**" إن كل اجراء يميل الى احترام حق شخصي منتهك لايكون تعويضاً[٣]. وبعبارة اخرى لايرتب المسؤولية.

وبدورنا لانتفق مع اصحاب هذا الرأي بالقول بأن جزاء حماية الحق الشخصي المنتهك غريب عن المسؤولية[٤]، ولايمكن القول بأن حمايته تتحقق من خلال اجراءات اخرى وليس من خلال المسؤولية. ويمكن في جزاء انتهاك كل حق من الحقوق الشخصية [مثل الاسم التجاري والعلامة التجارية واسرار الصناعة وبراءات الاختراع والتصاميم والنماذج والعلامات المسجلة]، التمييز بين الذي يرتب المسؤولية من الذي

---

[١] Ripert (G.) et Boulanger: Traite elementaire de droit civil de Planiol, t2, 4ed, 1952, n 1146.

[٢] في حالة استمرار المخالفة، فتتميز التدابير من خلال ميل الاجراءات لحماية الحق بالنسبة للمستقبل. انظر في هذا المعنى: Ibid, n 1147.

[٣] Ibid, n 1147.

[٤] سوف نعود ثانية الى بحث هذه القضية ضمن المبحث الخاص بالتعويض العيني المادي- ضمن تطبيقات التعويض العيني في الباب الثاني، ونكتفي هنا بدحض الاعتراض بعموميته.

لايرتبها. اذ ان في حالة انتهاك الحق، فإن طريقة التعويض في هذه الحالة يجب ان تكون طريقة تؤدي الى اعادة احترام الحق، ومثال ذلك:- اعادة المال المغصوب لصاحبه، ابطال عقد مزوّر، تنظيم طريقة الاستفادة من اسالة الماء وحق الاجابة في الصحافة[١].

بناءً على ماتقدم فإن الاصل في هذا الاتجاه هو أن المضمون واحد بوجود إجراء آخر لازالة الضرر الى جانب الحكم بمبلغ من النقود. لكن الاختلاف حول المصطلح في عدم تسمية هذا الاجراء تعويضاً عينياً.

ثانيا:- **<u>الاتجاه الرافض للمضمون:-</u>**

نعرض لهذا الاتجاه اولاً ومن ثم نقومه ثانياً وعلى النحو الاتي:-

١- <u>عرض الاتجاه الرافض للمضمون</u>:- فضلاً عن رفض المصطلح فإن هذا الاتجاه يرفض التعويض العيني مضموناً.

إذ ثمة رأي يأتي في مقدمة الاراء التي رفضت التعويض العيني وانكرت وجوده. اذ ترى لوسيان ربير "Lucienne Ripert" بأن النظر بدقة في تعريف التعويض العيني[٢] يفيد ان محوره التعويض. لذا من الخطأ الاعتقاد بوجود التعويض العيني المتمثل في محو الضرر عندما يتم اعادة الحال الى ماكانت عليه. وان الوسيلة الوحيدة لتعويض المتضرر هي الحكم له بمبلغ نقدي. وكل مايمكن الحكم به فضلاً عن التعويض النقدي هي الحيلولة من دون وقوع الضرر وليس محوه[٣]. بيد ان الاجراءات اللازمة

---

(١) انظر قريباً من ذلك، د. حسن الخطيب، تعويض الاضرار المحدثة، بحث منشور في مجلة ديوان التدوين القانوني، العدد ٣، ايلول (السنة الاولى)، بغداد، ١٩٦٢م، ص٣٢.

(٢) انظر التعريف السابق في مقدمة الباب الاول من هذه الرسالة.

(٣) Lucienne Ripert: La reparation du prejudice dans la responsabilite delictuelle, these, Paris, 1933, P.38.

للحيلولة من دون وقوع الضرر لايمكن اعتبارها تعويضاً عينياً لأن التعويض يفترض وقوع الضرر في حين ان الضرر هنا غير محقق وانما محتمل. اما اذا وقع الضرر فإنه لايمكن محوه ابداً، وفي هذه الحالة فإننا لانستطيع سوى منع استمرار الضرر في المستقبل: ومن هنا يجب التمييز بين مايتضمنه الحكم بالتعويض النقدي عن الضرر الماضي وبين التدابير المخصصة لتجنب الضرر في المستقبل[١]. إذ ترى صاحبة هذا الرأي ان القضاء الفرنسي يأخذ بعين الاعتبار الضرر المتوقع، فتقول ((ان القضية بأكملها هي التعرف على الضرر الحال- ماعدا حالة حدوث الضرر فجأة عن طريق حادث، وفي هذا الصدد فأن الضرر الحال يبدأ بالظهور أي ان الضرر يتحقق تدريجياً بسلسلة متزايدة[٢]. فعلى سبيل المثال: اذا كان جاري يملك بيتاً قديماً في حالة غير جيدة، اذاً يوجد مصدر سابق للضرر الحال. ولكن لايمكن ان نتوقف على هذه الحالة من قدم البيت لاثبات مسؤولية الجار[٣]. وعليه انا- كما تقول "**لوسيان ربير**"، لا استطيع الادعاء او التشكي من ان بيت جاري يمكن ان ينهار في يومٍ ما. ولكم منذُ اللحظة التي تنتج التصدعات والتشققات في هذا البناء والذي يبدأ بالانهيار بصورة جدية، عندها سأُعاني من ضرر مؤكد وحال. وعليه فأنا لا استطيع بيع او تأجير بيتي ضمن ظروف غير ملائمة جداً))[٤].

اذاً خلاصة هذا الرأي ان التعويض النقدي محدد بالضرر المحقق والثابت[٥]، ويكون الحكم بمنع استمرار الضرر في المستقبل تابعاً للحكم الاصلي بمبلغ من النقود.

---

[١] Ibid, P.39.

[٢] Ibid, P.39.

[٣] يلاحظ ان الحياة في المجتمع تكون مصدراً لمخاطر متنوعة جداً. اذ ان فعالية كل انسان تقتضي جزء من المخاطر لاجل اقربائه مثلا، وبدون ذلك يكون وضع هؤلاء عديم التأثير في حياة هذا الانسان.

[٤] Lucienne Ripert, these precitee, P.39.

[٥] لمناقشة فكرة "لوسيان ربير" والاسئلة التي وجهت اليها انظر:-

Mazeaud(Hetl), OP, cit, t3, n̊76. Savatier, OP, cit, t2, n̊593.

اما تجنب الضرر غير المحقق بالحكم عيناً بالاجراءات اللازمة لمنع تحققه، فيكون بالكامل غريب عن المسؤولية[١].

في حين ذهب **رأي ثان**، الى استحالة التعويض العيني لأنه لايمكن محو الضرر المفاجئ. كما أن اخذ كلمة "محو" حرفياً من تعريف التعويض العيني فهذا يعني أن التعويض النقدي لايمحو الضرر. لذلك لايمكن اعادة المتضرر الى الحالة التي كان عليها قبل حدوث الضرر، وعليه يحكم بالتعويض النقدي عن الضرر المحقق[٢].

وهناك **رأي ثالث**، مفاده أن مبلغاً كافياً من النقود يمكنه تجنب حدوث الضرر، اما التدابير المخصصة لمنع استمرار الضرر في المستقبل فلا تعد وسيلة لاصلاح الضرر على افتراض ان الماضي لاينمحي. وفي حالة غياب النص، فإننا نلحق هذه التدابير بالمادة (١٣٨٢) من القانون المدني الفرنسي. لذلك لايمكن ازالة الضرر وانما يصار الى الحكم بمبلغ من النقود للتعويض عن الضرر المتحقق[٣].

وثمة **رأي رابع**، يذهب الى تسمية التعويض العيني (بالتنفيذ العيني الجبري) تمييزاً له عن (امتناع المدين عن القيام بالعمل الذي التزم بالامتناع عن القيام به) والذي هو (التنفيذ العيني الاختياري). اذ يرى صاحب هذا الرأي، إن التعويض إنما يلجأ اليه عند عدم امكان اجبار المدين على التنفيذ العيني ويكون التعويض دائماً بمبلغ من النقود[٤].

---

[١] Lucienne Ripert, these precitee, P.19 et 39.

[٢] Lalou (H.): Traite Pratique de la responsabilite civil, 4ed, Paris, 1949, n88, P.53.

[٣] Leyat: La responsabilite dans les rapports de voisinage, these, Toulouse, 1936, P.352 et 355.

[٤] د. عبد المجيد الحكيم، ج٢ في احكام الالتزام، المصدر نفسه، ص١٥ هـ١٠. في حين كان يرى هذا الاستاذ "ان التعويض العيني بإعادة الحال الى ماكانت عليه قبل وقوع الضرر هي الطريقة المثلى للتعويض وعند استحالته نلجأ للتعويض النقدي" ولانرى هناك سبباً لعزوف هذا الاستاذ عن رأيه وانكار تسمية التعويض العيني واعتماد التعويض النقدي فقط. انظر د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، ج١ في مصادر الالتزام، ط٢، شركة الطبع والنشر الاهلية، بغداد، ١٩٦٣م، ص٤٧٧.

ويفضل رأيٌ **خامس** تسمية التعويض العيني، (بالتنفيذ العيني الجبري للالتزام)، وذلك لأن امر اعادة الحالة الى ماكانت عليه لايُعدّ تعويضاً وإنما تنفيذاً عينياً. في حين ان ردّ المثل في المثليات هي صورة التعويض غير النقدي الجدير بتسميته تعويضاً عينياً[١].

٢- تقويم هذا الاتجاه:-

إن كلاً من التعويض العيني والنقدي لايتنافى احداهم مع الاخر بل على العكس إنهما يتكاملان، سواء أكان التعويض العيني لايصلح سوى جزء من الضرر أم إذا كان لايستطيع، لقوة الاشياء، تغطية الضرر المصلح سابقاً بالماضي فقط، هذا من جانب. ومن جانب ثانٍ، ان المتضرر يتطلع وقبل كل شيء الى إزالة الضرر، على الرغم من الافتراض بأنه لايمكن محو الماضي. لذلك فإن الاصل في التعويض عن الضرر يكون بطلب تخصيص مبلغ من النقود، أما إزالة الضرر فيكون بطلب فرعي ضمن هذا الطلب[٢]. ومن جهة ثالثة، لانرى كيف تتحول المسؤولية الى هدف منع تحقق الضرر- كما ترى صاحبة الرأي الاول[٣]. اذ يحكم القاضي عيناً في حين يكون المتضرر مقتنعاً بالتعويض العيني.

---

[١] الاستاذ عبد الباقي البكري، شرح القانون المدني العراقي، جـ٣ في احكام الالتزام- دراسة مقارنة، مطبعة الزهراء، بغداد، ١٩٧١، ف٩٦ ص١٣٦.

[٢] انظر في هذا المعنى: د. عاطف النقيب، النظرية العامة للموجبات، مصادر الموجبات، الجامعة اللبنانية، بيروت، بلا سنة طبع، ص٢٠٨. د. طلبة وهبة خطاب، احكام الالتزام بين الشريعة الاسلامية والقانون- دراسة مقارنة، ط١، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٣، ص٦٦. د. وحيد رضا سوار، القانون المدني الجزائري، ج١ في التصرف القانوني، دار الشعب، القاهرة، ١٩٧١، ف٩٤٨ ص٢٨٨.

[٣] Lucienne Ripert, these precitee, n43.

واذا استبعدت فكرة الوقاية عن نطاق المسؤولية في حالة تدارك الضرر غير المحقق، إلا إننا نجد ان المادة (١٣٨٢) من القانون المدني الفرنسي لم تمنع من ان يشتمل التعويض على مبدأ الوقاية: لأنه اذا كان هدف المسؤولية ازالة الضرر فذلك يشتمل حتماً على معنى تدارك الضرر كلما كان ذلك ممكناً[١]. وبعبارة اخرى منعه قبل وقوعه، فأن الوقاية خيرٌ من العلاج[٢]. وعليه يمكن القول بأنه إذا دفعنا هذا الامر الى اقصى حدود المنطق لهذه الفكرة "مبدأ الوقاية" فسوف نصل الى رؤية تعويض عيني في القواعد القانونية جميعها، إذ سيكون الدافع هو تجنب الضرر. حيث حماية الاخرين ويكون الضرر العنصر الوحيد للمسؤولية المفترضة في هذه الحالة. ويقول الاستاذ "بلانيول" أن هدف الالتزامات التقصيرية وغير التقصيرية بأنه الحيلولة من دون وقوع غبن غير عادل، وان وقع فيجب اصلاحه[٣]. بعبارة اخرى يمكن المطالبة بأتخاذ الاجراءات اللازمة للوقاية من وقوع الضرر، وانه يجب وجود ضرر محقق وثابت بالنسبة لنشوء المسؤولية ومن ثمة شرط ضروري للحكم بالتعويض[٤].

ومن جانب اخر، اذا كانت فرضية البيت الآيل للانهدام في المثال المتقدم، تحتل مكانة خاصة في القانون الروماني لحد وضع الجار المهدد يده على البناء المعيوب اذا لم يقدم مالكه ضماناً[٥]. واذا كان القانون المدني الفرنسي النافذ لم ينص على التزامات

---

(١) Aktham El-Kholy, these precitee, n̊6, P.7.

(٢) انظر مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج٦، اصدار وزارة العدل المصرية، القاهرة، بلا سنة طبع، ص٢٨.

(٣) Planiol, Traite elementaire de droit civil, t2, 9̊ed, 1923, n̊807.

(٤) يقول د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل في ذلك،" تستند المسؤولية المدنية الى الضرر والضرر هو اساس التعويض ومناطه"، التقدير القضائي للتعويض، المصدر نفسه، ص٧٣. وانظر في نفس المعنى في الفقه الفرنسي الاستاذ "ديموج"، اذ يعد الضرر شرطاً للاصلاح وليس لوجود العمل غير المشروع.

Demogue (R.): Traite des obligations en general, t4, Paris, 1923-1933, n̊392.

(٥) انظر رسالة "ماركوفيتش" في نظرية إساءة استعمال الحقوق في القانون المقارن، باريس، ١٩٣٦، ص٣٢. اشار اليها: د. سليمان مرقس، الوافي، المصدر نفسه، ص٣٣٠-٣٣١.

الجوار[١]. فأن القضاء الفرنسي لم يتخلَ ابداً عن حماية الجار المهدد، وتستند قراراته على المواد (١٣٨٢ و١٣٨٦)[٢] من القانون المدني الفرنسي. ويكون الاجراء المتبع هو تعويض عيني مطابق لعمل المسؤولية. وللدلالة على ذلك قررت محكمة النقض الفرنسية "عندما تكون الملكية خطرة من خلال سقوط عمارة مجاورة فإنه لايمكن اجبار مالك هذه العمارة على الهدم او الاصلاح، واذ لايمكن في هذه الحالة تطبيق المادة (١٣٨٦ مدني فرنسي). لذلك فأنه لكل مالك التصرف لاجل حفظ ملكيته عندما تكون ملكيته معرضة الى خطر وشيك الوقوع من قبل الجار"[٣]. وفي قرار اخر قضت هذه المحكمة بأنه، "يلزم المالك بعدم اقامة دهاليز بملكه من شأنها أن تؤدي الى احداث اضرار بالمنزل المجاور"[٤]. كما سبق لهذه المحكمة ان قررت في عام ١٨٥٠[٥] على ان "الضرر المستقبل الذي يظهر للمحكمة كإمتداد محقق ومباشر للوضع الراهن يستوجب التعويض. فاذا تصدعت جدران منزل مجاور لمصنع بسبب ما اقام به صاحب هذا المصنع من الاعمال، واصبح المنزل متداعياً وآيلاً للانهدام، فإن لمالكه ان يطالب

---

(١) على الرغم من ان القانون الفرنسي القديم قد عرف فكرة مسؤولية المالك عما يسببه استعماله لحقه من اضرار تصيب الجار. الا انه لم ترد في القانون المدني الفرنسي "قانون ١٨٠٤" نصوص تنظم مسؤولية المالك عن مضار الجوار غير المألوفة. ولكن ذلك لم يمنع الفقه والقضاء الفرنسيين من تقرير هذه المسؤولية. ويرجع ذلك الى تطور الحياة من خلال زيادة النشاط الاقتصادي وكثرة المصانع التي تبعث الضوضاء والدخان والروائح الكريهة وغير ذلك مما يؤذي الجيران ويقلق راحتهم. انظر: محمد طه البشير ود. غني حسون طه، الحقوق العينية، ج١، مطبعة وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد، ١٩٨٢م، ص٧٠-٧٣.

(٢) تنص المادة (١٣٨٦ مدني فرنسي) على انه "يسأل مالك البناء عن الاضرار التي تحدث من تهدمه، متى كان هذا التهدم قد حدث نتيجة نقص في الصيانة او عيب في البناء".

(٣) نقض فرنسي اشار اليه:- Aktham El-Kholy, these precitee, P.10, note 1.

(٤) نقض فرنسي اشار اليه:-

Hassen Aberkane: Essai d’une d’unetheorice, general. L’obligation propter rem droit positif Francais, 1958, n°35, P.30-37..

(٥) نقض فرنسي اشار اليه:-

Mazeaud (H et L) et Tunc (A.): Traite de la responsabilite civile, t1, 5ed, n°218, P.274.

خاص بموقع المنشاوي للدراسات والبحوث www.minshawi.com

بتعويض يكفي لاعادة بناء المنزل كاملاً مادام الضرر الحادث سيؤدي حتماً الى انهيار المنزل في المستقبل".

ومما يلاحظ، ان القضاء الفرنسي وسّع في مفهوم التعويض العيني قياساً على تجنب وقوع الانهيار، وذلك بالزام مالك البناء المتعرض لاخطار الحريق- كالافران والمخابز- باتخاذ وسائل الحماية الضرورية من اجل ازالة هذا الخطر(١). وبذلك يكون حكم القضاء الفرنسي موافقاً للفقه(٢)، بالتعويض عن الضرر المستقبل(٣) لأن الخطر يشكل لاحقاً ضرراً مادياً ومعنوياً.

كما طبقت هذا المبدأ محكمة النقض المصرية على مسؤولية المقاول والمهندس عن الخلل الذي يظهر في البناء ويجعل هدمه امراً لامفر منه، اذ قررت "ان التعويض كما يكون عن ضرر حال، فأنه يكون ايضاً عن ضررٍ مستقبلٍ متى كان محقق الوقوع، فاذا كانت محكمة الموضوع قد انتهت في حدود سلطتها التقديرية الى ان هدم المبنى أمر محتم، ولامحيص منه. فأنه لاوجه لتضرر الطاعن من تقرير التعويض على اساس هدم المنزل واعادة بنائه لاصلاح العيب في اساس المبنى- وهو ماكان يقتضيه الحكم بالتنفيذ العيني.."(٤).

وقد اورد المشرع العراقي نصاً خاصاً لحماية الجار المهدد وكان في صياغته لهذا النص اقرب الى صياغة الفقه الاسلامي، كما اقتبس احكامه من هذا الفقه. اذ قضت الفقرة الثانية من المادة (١٠٥١) من القانون المدني العراقي بأنه "وللمالك المهدد بأن يُصيب عقاره ضرر من جراء حفر او اعمال أخرى تحدث في العين المجاورة، ان

---

(١) نقض فرنسي مشار اليه:- Aktham El. Kholy, these precitee, P.10, note. 1.

(٢) Mazeaud (H et L), OP, cit, n̊1405. Savatier, OP., cit, n̊71. Demogue, OP, cit, n̊1107.

(٣) الضرر المستقبل هو "ضرر تحقق سببه وتراخت اثاره كلها او بعضها الى المستقبل". د. سعدون العامري، مصدر سابق، ص١٥.

(٤) نقض مصري (مدني) في ١٠ يونيو ١٩٦٥ مشار اليه. د. سليمان مرقس، المسؤولية المدنية في تقنينات البلاد العربية- القسم الاول، المصدر نفسه، ص١٣٣.

يطلب اتخاذ كل مايلزم لاتقاء الضرر.."[1]. ولمحكمة التمييز العراقية قرارات تدعم مانقوله، اذ قضت برفع الضرر اذا كان جدار المدعى عليه آيلاً للانهدام او انه يخشى ان ينهدم ويسبب ضرراً للمدعي[2].

كما ان اعتراض صاحبة الرأي الاول "لوسيان ربير" المستمد من فكرة الوقاية لاينحصر بالضرر المادي فقط[3]، بل نراه يظهر ايضاً فيما يتعلق بالضرر القانوني[4]. اذ ان خطر الضرر القانوني يكون ضرراً محققاً وثابتاً حيث التعويض العيني سيكون الابطال او المحافظة على التصرف القانوني[5]. عندما يشوب الغش "التدليس" العقد فأن المتضرر سيعاني من ضرر مؤكّد. وهذا لايكون وقتياً. مثال ذلك: تنازل مدين عن ثروته بقصد تهريبها عن دائنيه او حرمانهم منها، وبالنسبة للغير تكون الملكية منقولة للمتنازل اليه، والذي ربما من جانبه يتنازل عن الثروة نفسها الى شخص ثان[6]. وخلاصة ذلك، إنه عندما يتعلق الامر ببساطة بضرر مادي او بضرر قانوني، فأن القضاء لايأخذ بعين الاعتبار سوى الضرر المحقق والثابت. وفي حالات تجنب وقوع الخطر جميعها، نكون امام تدبير الاصلاح في المعنى التقني لكلمة التعويض، وليس

---

[1] تقابلها المواد (٨٠٧ مدني مصري) و (٧٦٦ مدني سوري) و (٨١٦ مدني ليبي) و (٦٥ من قانون الملكية العقارية اللبناني).

[2] القرار المرقم ١٢٢/ حقوقية/ ١٩٥٧ (النجف) في ١٩٥٧/١/٢٤م. منشور في كتاب الاستاذ سلمان بيات، القضاء المدني العراقي، ج٢، شركة النشر والطباعة الاهلية، بغداد، ١٩٦٢، ص٤٣٧.

[3] انظر :- V. Lucienne Ripret, these precitee, n 42, 43, 46.

والتي تنكر بمقتضى هذا الاعتراض فكرة التعويض العيني عن دعاوى فقدان الحقوق، عقوبة الاحتيال، مشروعية اتفاق القاصر الذي ارتكب خدعة او خطأ بالمتعاقد، وفي دعوى الفسخ بحكم القانون.

[4] الضرر القانوني هو الضرر الذي ينتج منه بطلان مشروعية التصرف القانوني.

[5] د. مصطفى الجمال، النظرية العامة للالتزامات، الدار الجامعية، ١٩٨٧، ف١٧٦-١٧٨، ص١٩٢-١٩٤.

[6] د. عبد المنعم البدراوي، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، ج٢ في احكام الالتزام، مطبعة المدني، القاهرة، بلا سنة طبع، ف١١٦ ص١٣٥. وكذلك انظر ما نصت عليه المادة (٢٦٤) من القانون المدني العراقي بشأن دعوى عدم نفاذ تصرف المدين في حق الدائن "الدعوى البوليصية".

الوقاية البسيطة. ولايوجد هناك سوى اختلاف في الدرجة والزمن بين الخطر والضرر[١].

إذن يحدد القاضي التعويض على وفق احد الشكلين (عيني او مالي) عند تحقق اركان المسؤولية بالنسبة للمتضرر. كما وقد يحكم القاضي بعمل اخر الى جانب التعويض النقدي كما هو الحال في المصالحة القضائية. وعلى الرغم من ان هؤلاء الكتاب ينكرون عن الحكم العيني صفة التعويض الا انه يكون مرافقاً غالباً للحكم بالتعويض، هذا من جانب.

ومن جانب اخر فان ثمة فرقاً بين التنفيذ العيني وهو قيام المدين بتنفيذ عين ما إلتزم به والتعويض العيني وهو اعادة المتضرر الى الحالة التي كان عليها قبل وقوع الضرر وذلك بمحو الضرر وإزالته اذا كان ممكناً. لأن التنفيذ العيني هو الطريق الطبيعي لتنفيذ الالتزام خاصة اذا كان هذا الالتزام عقدياً. اما التعويض العيني فهو جزاء لتحقق المسؤولية وطريق استثنائي من طرق تعويض الضرر[٢].

وبناءً على ذلك فان الاعتراض على التعويض العيني قد اعطى له مكاناً استثنائياً يميزه عن غيره من طرق التعويض[٣].

بيد أن ماتقدم لايعني التسليم في الفقه بالتعريف الذي تمت صياغته للتعويض العيني فإذا قيل بأنه ازالة المخالفة، وبذلك يشتمل على اعادة البناء او الانشاء او رفع التجاوز وما الى ذلك من امثلة، فإن ذلك لايتجاوز ما يعتوره من نقص وعليه سندع تعريف

---

(١) انظر:- V. Savatier, OP, cit, t2, n 523, P.91.

(٢) د. سعدون العامري، مصدر سابق، ص١٤٩، هامش ١٠.

(٣) Lalou, OP, cit, n°88, P.51 et 52. Capitant (H.) et Colin (A.) et Julliot de la Morandiere: cours elementaire du droit civil Francais, t2, 10°ed, 1948, n°322, P.244 et 245.

التعويض العيني الى المكان الذي عنده نبلور فكرته بعد تحديد نطاقه بالنسبة للاوضاع القانونية المشابهة[1].

المطلب الثاني

الاتجاه القابل للتعويض العيني

لم يستبعد جانب من الفقه الحكم بالتعويض العيني في نطاق المسؤولية المدنية.

ولبيان ذلك نعرض الاراء التي قيلت بهذا الصدد في ظل القانون المدني اولاً، ومن ثم في القانون الاداري. وعلى الشكل الاتي:-

اولا. حجج انصار الاتجاه القابل للتعويض العيني في ظل القانون المدني:-

في الفقه الفرنسي، يورد الاستاذ "أسمان" "P. Esmein" المادة (١١٤٢) من القانون المدني الفرنسي بنصها ((كل التزام بالقيام بعمل او بالامتناع عن عمل، يؤدي الى التعويض في حالة عدم تنفيذ الالتزام من المدين)). ويستنتج من هذا النص ان المشرع الفرنسي لم يستبعد الا الاكراه الشخصي كونه يتنافى مع العرف والقاعدة الخلقية. وهو بذلك لم يستبعد أي اسلوب اخر للتعويض. إذن ليس ثمة مايدعو لرفض فكرة التعويض العيني كلما كان هذا التعويض اقرب الى العدالة من التعويض النقدي. ويدلل صاحب هذا الرأي، على رأيه هذا بما اورده القضاء الفرنسي في نطاق

---

[1] انظر التعريف الذي توصلنا اليه في نهاية الفرع الثاني من المطلب الثاني من المبحث الاول من الفصل الثاني من الباب الاول من هذه الرسالة.

المسؤولية العقدية بالحكم بالتعويض العيني في كل مرة يكون هذا التعويض متفقاً ومقتضيات العدالة، اذ تبنت محكمة النقض الفرنسية هذا الاتجاه بقرارها الاتي:- ((يجب ان ينقض القرار الذي حكم على احدى شركات النقل للقطار- دون ان تأخذ محكمة الموضوع بنظر الاعتبار ماعرضته الشركة من نوع التعويض- بأن تعمل بنفسها على تعويض الاضرار باصلاح الاثاث المتضررة من خلال عملية النقل))[١].

وتماشياً مع هذا الرأي، يدلل الاستاذ "ايكوني" على هذا الاتجاه بما اورده القضاء الفرنسي من قرارات تؤيد ذلك ومنها: قرار المحكمة التجارية في روان "Rouen" والذي يقضي ((بأنه لانستنتج من نص المادة (١١٤٢) مدني فرنسي بأنها استبعدت الاشكال الاخرى من التعويض)). وقرار محكمة ريوم "Riem" الاكثر صراحةً اذ يقضي ((بأنه مع إن الحكم بالتعويض النقدي اكثر شيوعاً، الا ان نصوص المواد (1382,1142) والمواد التي تليها من القانون نفسه لاتستبعد او تتناقض الحكم بالتعويض مع اشكال اخرى غير النقود))[٢].

ويرى بعض انصار هذا الاتجاه ايضاً، بأنه للقاضي سلطة تقديرية في اختيار طريقة التعويض، فله ان يحكم بالتعويض العيني عن الضرر المادي: بأن يرتب على المدين الالتزام بالقيام بعمل وهو الاصلاح او ازالة الضرر، الا ان هذا الالتزام عند عدم تنفيذه يؤدي ايضاً الى اللجوء الى التعويض عن عدم التنفيذ. كما أن للقاضي ان يحكم بالتعويض العيني وان يؤدي المدين نفقات هذا التعويض. ويستبعد الحكم بالتعويض العيني، اذا كان المتضرر قد اصيب بأضرار جسيمة او كانت الاضرار معنوية[٣].

---

[١] رأي الاستاذ أسمان. اشار اليه، د. حسن الخطيب، نطاق المسؤولية المدنية التقصيرية والتعاقدية، مطبعة حداد، البصرة، ١٩٦٨م، ص٢٤٨. اصل الكتاب اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون- جامعة باريس سنة ١٩٥٥م.

[٢] رأي الاستاذ ايكوني. اشار اليه، د. حسن الخطيب، المصدر السابق، ص٢٤٩.

[٣] Planiol, OP, cit, n° 680.

ويلاحظ البعض، ان تعويض الخطأ يمكن ان يتخذ شكلاً اخراً وليس التعويض النقدي، مثل الحكم بالامتناع عن القيام بعمل في حالة حماية المتضرر في دعوى التعسف في استعمال الحق، عندما لايرتكب المالك خطأ. وانه اذا سلمنا ان اثر المسؤولية المدنية يكون في نفسه، تعويضاً. واذا لم يكن هناك أي مانع منطقي من اعتبار الامتناع عن القيام بعمل عبارة عن تعويض. فهذا يؤدي الى ان الحكم بالامتناع عن القيام بعمل سيكون عبارة عن تعويض عيني(١).

ونجد في رأي آخر، ميلاً واضحاً جداً الى توسيع فكرة التعويض العيني الى حد يجعله يفقد القيمة الخاصة بالكامل، اذ يرى اصحاب هذا الرأي: ان التعويض اما عيناً او بمقابل، اذ ان الاول لمحو "ازالة" الضرر في حين الثاني يسعى الى تعويضه بتقديم مقابل. وضمن هذا المعنى الواسع، فأن التعويض العيني يشمل الحكم الذي يُلزم المسؤول بتنفيذ الالتزام الذي امتنع عن تنفيذه، او اخل بتنفيذه سواء بالامتناع عن العمل ام ازالة اثار ماقام به خلافاً لالتزامه، ام بأخذ التدابير اللازمة لمنع وقوع الضرر. كما ولايمكن الاعتراض بعدم كون هذا الحكم تعويضاً عينياً اذ يحكم القاضي بالاداء عيناً على فعل مبني على خطأ المدين(٢). وان كل حكم بالاداء يُرضي المتضرر يُعد تعويضاً عينياً وان كانت المادة عبارة عن مبلغ من النقود، مثل الحكم بتنفيذ الالتزام على نفقة المدين عند امتناعه عن التنفيذ اذا لم تكن شخصيته محل اعتبار، فالحكم بدفع هذه النفقات يكون تعويضاً عينياً(٣). اما اذا كانت الاشياء غير قابلة للاصلاح مثل الضرر الجسدي والاعتداء على الشرف، فأنه يستحيل الحكم بالتعويض العيني(٤).

---

(١) Josserand (L.), la responsabilite envers soi-meme, Chronique D.H. 1934, P.73.

(٢) Mazeaud (H et L), OP, cit, n̊2303.

(٣) Ibid, n̊ 2321, note 2.

(٤) Ibid, n̊2302, note 3.

ويلاحظ ان الرأي الاخير، يمثل بدون شك تقدماً على الاراء السابقة. بالنسبة للكتاب الملتزمين بفكرة التعويض بمحو الضرر. بيد أن الوضوح الذي تحلت به فكرة التعويض العيني عند صاحب هذا الرأي، تفقده من خلال المعنى الواسع جداً للتعويض. وعليه فإذا وجدنا في احكام القضاء العديد من احكام الاداء عيناً، فإن واجبنا لايكون بشرحهما، بل علينا تحليلها بفصلٍ مستقلٍ فيما يخص كل نوع وتحت أي عنوان قد أُعلن حكم الاداء العيني هذا. وهذا يدعو للتساؤل: هل يستند هذا الحكم للمسؤولية او لأساس اخر غير التعويض؟ في الواقع، ان كل حكم ينفصل عن الاخر لان المدعي يعدُّ نفسه متضرراً بسبب عدم تنفيذ المدين للالتزام. بيد أننا لانعرف اين يمكن التوقف عند هذا المعنى الواسع للتعويض[١]، وخاصة عند عدم تنفيذ الحكم بالاصلاح او ازالة المخالفة. ولكن التمييز الذي أخذ به اصحاب هذا الرأي -كما سنراه-[٢] سوف لايكون بدون فائدة عملية.

ويرى جانب **من الفقه المصري**، انه قد يكون التعويض عينياً لانقدياً، ويتم ذلك بازالة المخالفة التي وقعت اخلالاً بالالتزام. بمعنى ان الحكم بالتعويض العيني يكون بعد وقوع الاخلال بالالتزام[٣].

---

[١] وهذا يفسر لماذا اصحاب هذا الرأي يذهبون ومن دون برهان، الى ان دعوى عدم نفاذ التصرف للبطلان بسبب الغش (المادة ١١١٦ مدني فرنسي) تكون تعويضاً عينياً. في حين الفسخ بسبب عدم التنفيذ لايكون سوى تعويض بمقابل عيني، انظر:- Mazeaud (H et L), OP, cit, n 2319, note 6.

[٢] في الفصل الثاني من الباب الثاني من هذه الرسالة. انواع التعويض العيني.

[٣] الاستاذ السنهوري، الوسيط، ج٢، ف٤٤٠ ص٧٩٧-٧٩٨. ومما تجدر الاشارة اليه ان الاستاذ السنهوري، كان قد سار على نهج الاستاذين "هنري وليون" مازو- في توسيع معنى التعويض العيني المتضمن معنى التنفيذ العيني. اذ يطلق الاستاذ السنهوري، على التعويض العيني تعبير التنفيذ العيني من دون التمييز بينهما هذا من جهة. ويميز بين التعويض العيني والتعويض بمقابل عيني من جهة اخرى. انظر: الوسيط، ج١، ف٦٤٢ ص٩٦٦. وكذلك: احكام الالتزام، القاهرة، ١٩٣٨، ف٤٤٧ ص٤٤٢. وانظر رأي الاستاذين "هنري وليون" مازو، في الصفحة السابقة من هذه الرسالة. بيد ان الاستاذ السنهوري يتنازل [في الوسيط، ج٢، ف٤٤٠ ص٧٩٨] عن رأيه هذا الى الحد من مفهوم التعويض العيني الواسع وذلك بأن يميز

وذهب رأي اخر الى انه، يُلزم المدين بأداء التعويض للدائن (المتضرر) لجبر الضرر الذي لحقه بسبب الفعل الضار. وقد يكون هذا الاداء اداءً عينياً أي بعمل يزيل به المسؤول الضرر الذي لحق المتضرر، فيرد الشيء الذي اعطبه الى حالته الاصلية او يعطي المتضرر شيئاً من جنس الشيء الذي اتلفه له. ويوصف هذا التعويض بأنه تعويض عيني. ولاشك في ان هذا التعويض هو خير وسيلة لجبر الضرر. كاعادة السيارة التي اتلفت مؤخرتها الى حالتها الاولى، او ازالة الجدار المرتفع الذي اقامه المالك لمجرد حجب النور والهواء عن جاره، او هدم المبنى الضخم الذي انشيء خلافاً للقوانين والانظمة او خلافاً لحقوق الارتفاق. واذا كان الفعل الضار قذفاً امكن الاكتفاء في محو الضرر الناشيء بنشر الحكم القاضي بالمسؤولية في الصحف[١].

ويضيف اخرون القول بأنه، الى ان التعويض العيني في حالات كثيرة يكون اصلح لجبر الضرر الذي لحق بالمتضرر. وذلك بمحو الضرر او بمنع استمراره مستقبلاً. ومثال ذلك: يعد محو الضرر تعويضاً عينياً، (مثل الحكم برفع رهن قيد على عقار خلال مدة الوعد ببيعه، اضراراً بالموعود بشرائه. او الحكم بإعدام نسخ مؤلف طبع اعتداءً على حق صاحبه. او القضاء بنشر حكم او اذاعته على امواج الاثير في دعاوي القذف والمنافسة غير المشروعة). ويعد منع استمرار الضرر مستقبلاً تعويضاً عينياً، (مثل هدم بناء او اعادته الى ماكان عليه. او اصلاح منقول. او اعادة تعبيد طريق خاص. او منع استعمال كلمة في الاسم التجاري توجد لبساً مع اسم تجاري اخر). وإنه

بين التنفيذ العيني والتعويض العيني. انظر تفصيل ذلك، في الفرع الثاني من المطلب الاول من المبحث الاول من الفصل الثاني من الباب الاول من هذه الرسالة.

[١] د. سليمان مرقس، الوافي، مصدر سابق، ص٥٢٧ و٥٢٨.

لايكون للدائن حق في التعويض العيني عند استحالته، ويتعين الاكتفاء بالتعويض النقدي[1].

ويرى جانب **من الفقه العراقي**، بأن النتيجة المثالية لحكم الادانة الصادر في المسؤولية المدنية هي ان يؤدي هذا الحكم الى ازالة الضرر ومحو اثاره، وعندما يؤدي الحكم الى هذه النتيجة نكون في صدد تعويض عيني[2]. وذهب رأي اخر، الى اعتبار التعويض العيني افضل من التعويض بمقابل ذلك انه يؤدي الى محو الضرر وازالته بدلاً من بقاء الضرر على حاله واعطاء المتضرر مبلغاً من النقود عوضاً عنه كما هو الحال في التعويض بمقابل[3]. ويضيف اخرون القول، بأن اصلاح الضرر يختلف باختلاف طبيعة المواد المتضررة فاذا امكن ازالة الضرر نهائياً باعادة الشيء الى ماكان عليه سابقاً كان التعويض عينياً. اما في الحالات التي يتعذر فيها التعويض العيني فلابد ان يصار الى تعويض نقدي او غير نقدي[4].

ثانيا: قبول فكرة التعويض العيني في ظل القانون الاداري:-

إذ كان الحكم بالتعويض العيني ممكناً في القانون المدني، الا ان الحكم به في ظل القانون الاداري يكون تخييرياً إذ قد يستبعد هذا التعويض ولو كان ذلك ممكناً عملياً. إذ ان جزاء المسؤولية بهذا الصدد وباستمرار التعويض النقدي. ويفسر ذلك بأسباب عملية وقانونية:-

---

(1) د. محمود جمال الدين زكي، مصدر سابق، ف١١ ص٥٠ ومابعدها. د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل، مصدر سابق، ص٧١.

(2) د. حسن علي الذنون، مصدر سابق، ف٣٩٩ ص٢٧٨.

(3) د. سعدون العامري، مصدر سابق، ص١٤٩.

(4) د. سهيل حسين الفتلاوي، حقوق المؤلف المعنوية في القانون العراقي- دراسة مقارنة، منشورات وزارة الثقافة والفنون، بغداد، ١٩٧٨، ص٣١١ و٣١٢. وانظر: د. حسن الخطيب، نطاق المسؤولية المدنية، مصدر سابق، ص٢٥٠.

فمن الناحية العملية، يفسر هذا المسلك بأن التعويض العيني اذا كان ممكناً، فأنه يجب هدم كل ماتمّ من تصرفات ادارية لتحقيق منفعة خاصة، بمعنى انه سيتم على حساب المصلحة العامة وهذا قد يؤدي الى شل الادارة. كما ان التعويض العيني سيكون في الغالب مصحوباً بتعويض نقدي، لأن النوع الاول اذا امكن أن يزيل اثار الضرر بالنسبة للمستقبل، فأنه لايحقق هذا الاثر بالنسبة للماضي[١].

بيد أن السبب القانوني هو القاطع في هذا الصدد، وهو يتعلق بموقف القاضي من الادارة. فاستقلال الادارة عن القضاء (سواء أ كان ادارياً ام عادياً)[٢] يتنافى مع تخويل القاضي سلطة اصدار اوامر للادارة[٣]. والذي يعد تطبيقاً لمبدأ الفصل بين السلطات، اذ يقضي هذا المبدأ بأن القاضي سواء أ كان ادارياً ام عادياً لاسلطة له في اصدار احكام على الادارة الا اذا كانت تفرض التزامات مالية او نقدية، ويستثنى من ذلك حالات الغصب[٤]. وعلى الرغم من ان هذا المبدأ متفق عليه في الفقه فإنه لايطبقه بحذافيره الا مجلس الدولة الفرنسي. اما المحاكم العادية الفرنسية فإنها لاتحترمه وتؤيدها في ذلك

---

[١] د. سليمان محمد الطماوي، القانون الاداري، الكتاب الثاني في قضاء التعويض والالغاء، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٦م، ص٤٧٩.

[٢] ولهذا فأن القضاء يحكم بعدم الاختصاص كلما كان المطلوب الحكم على الادارة بعمل معين. وهذا مايردده مجلس الدولة الفرنسي باستمرار. من ذلك على سبيل المثال حكمه الصادر في ١٩٤٧/١١/٧م في قضية Alexis et Wolff، اذ طلب المدعي نشر قرار في الصحف واذاعته في المذياع فرفض المجلس الطلب بناء على توجيه المفوض "Celier" الذي اوضح ان المجلس لايملك أن يلزم الادارة بعمل معين. وهذا ماردّده مجلس الدولة المصري كذلك..، اشار اليه، د. سليمان محمد الطماوي، المصدر السابق، ص٤٨٠.

[٣] أنظر: دويز ودي بير، المطول في القانون الاداري، ص٤٤٨. اشار اليه، د. سليمان محمد الطماوي، المصدر السابق، ص٤٧٩ هـ١.

[٤] اذ أن اختصاص المحاكم العادية في حالة الغصب، لايقف عند الحكم بالتعويض، ولكنها تستطيع- خلافاً للقاعدة العامة لمبدأ الفصل بين السلطات- ان تحكم على الادارة بعمل معين كالرد او الطرد او الهدم او عدم التعرض.

محكمة التنازع[١]. ويذهب الرأي الراجح الى أنه، لما كان التعويض العيني افضل للمتضرر فإن القاضي الاداري، تخفيفاً من اثار المبدأ الذي يسير عليه (مبدأ الفصل بين السلطات)، قد يقترح على الادارة ان تقوم بالتعويض العيني. وهو بذلك يفتح امامها باب الاختيار بين التعويض العيني والتعويض النقدي[٢].

ولاتعارض بين هذا التمييز وبين المبدأ الذي اختطه مجلس الدولة لنفسه، والذي يحرص مجلس الدولة على ترديده في رأس الاحكام التي تعرض هذا الخيار على الادارة. ذلك أن التعارض يقوم لو أن القاضي فرض على الادارة ان تقوم بالتعويض العيني وذلك بتنفيذ عملٍ ما، أما وقد ترك لها حرية الاختيار فضلاً عن ان الحكم يكون اساساً بدفع مبلغ نقدي، فيستطيع المسؤول- أي الادارة- التخلص من هذا الالتزام عن طريق القيام بالتعويض العيني. ولايستطيع المتضرر الذي تدفع له الادارة التعويض النقدي ان يدعي أن الادارة لم توفِ بالتزاماتها لأنه يريد التعويض العيني لأن التعويض العيني تخييري وليس الزامياً. كما ان صياغة الاحكام لاتدع مجال للشك في طبيعة التعويض العيني، فالقاضي لايحكم الا بدفع مبلغ نقدي ويعرض على الادارة حق التحرر من هذا التعويض ان فضلت ذلك بأن تقوم بالتعويض العيني. والتحليل السليم لهذه الصيغة هو ان الحكم لايصدر على الادارة بالتعويض العيني ابداً[٣].

---

[١] يرى بعض الفقهاء، ان لاخير من موقف المحاكم العادية ومحكمة التنازع لأن الهدف النهائي من تأكيد استقلال الادارة هو الرغبة في توفير الاستقرار للمرافق العامة حتى تسير بانتظام فإذا لم يؤدِ التعويض العيني الى المساس بحسن سير المرافق العامة فلا مانع من الحكم على الادارة بالقيام بعمل. انظر:- د. سعاد الشرقاوي، قضاء الالغاء وقضاء التعويض، الناشر دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة طبع، ص٢٩٥ و٢٩٦ وهـ١ ص٢٩٦. وانظر كذلك النتائج المترتبة على هذا المبدأ وقرارات مجلسي الدولة الفرنسي والمصري، اشار اليها، د. سليمان محمد الطماوي، مصدر سابق، ص٤٨٠-٤٨٦.

[٢] د. سعاد الشرقاوي، مصدر سابق، ص٣٠٥.

[٣] المصدر السابق والصفحة نفسها.

ولما كان الامر يجب ان يترك للقاضي فإن اعتباراً عملياً هاماً يجب ان يحسم اختياره للتعويض النقدي او العيني، وهو الحرص على استمرار سير المرافق العامة بحيث اذا كان من شأن الحكم بالتعويض العيني المساس بسير المرافق العامة فإنه يتعين عليه ان يحجم عنه[١]. فالمسألة اذن متروكة لتقدير القاضي بحيث يختار ماهو مناسب.

خلاصة القول، ان التردد يكتنف فكرة التعويض العيني ونجد ذلك حتى في المؤلفات الحديثة، اذ يتحرر هذا المفهوم بصورة التخلص من الضرر او التنفيذ العيني او التعويض بمقابل[٢]. وكما يبدو ان مفهوم التعويض العيني في الفقه الفرنسي، ليس له أي محتوى خاص او بيان لمفهوم معاكس (والذي نتمنى ان يختفي عدم الوضوح هذا من اللغة القانونية). ومع ذلك، فأن فكرة التعويض العيني ذات روحية خاصة في هذا الفقه. وفي الوقت نفسه، تكون مفيدة لأنها تبرر الحقائق الثابتة للحكم بالاداء عيناً.

اما في الفقه العربي، فعلى الرغم من عدم التمييز بين التنفيذ العيني والتعويض العيني[٣]، الا اننا وجدنا ان هذا الفقه لم يخلُ من اراء سديدة منحت للتعويض العيني مفهوماً واضحاً ومحدداً[٤].

ولما كان هذا الطراز من التعويض قد نشأ في احضان الشرائع القديمة، وكان له فيها دوراً بارزاً وعلى وجه الخصوص في الشريعة الاسلامية. لذا ينبغي ان نعرض للدور الذي أداه التعويض العيني في هذه الشرائع والتشريعات الحديثة. وهذا ماسيكون موضوع المبحث الثاني من هذا الفصل.

---

[١] المصدر السابق، ص٣٠٦.

[٢] ويتعين لذلك، رسم الحدود الفاصلة بين التنفيذ العيني للالتزام عن التعويض العيني والتعويض العيني عن التعويض بمقابل. وسوف نسعى الى ذلك ضمن المبحث الاول من الفصل الثاني من هذا الباب من هذه الرسالة.

[٣] انظر ص٢٤هـ ٣و٤ و ص٣٣ هـ٣ من هذه الرسالة.

[٤] انظر ص٣٣ و٣٤ من هذه الرسالة.

المبحث الثاني

التأصيل التاريخي

نتناول في هذا المبحث التعويض العيني في الشرائع القديمة والتعويض العيني في التشريعات الحديثة وكما يلي:-

المطلب الاول

التعويض العيني في الشرائع القديمة

نبين في هذا المطلب التعويض العيني في الشرائع الوضعية القديمة والشريعة الاسلامية الغراء في فرعين وعلى الشكل الاتي:-

الفرع الاول

التعويض العيني في الشرائع الوضعية القديمة

يندرج تحت هذا الفرع دراسة القوانين العراقية القديمة والقانون الروماني وذلك على النحو الاتي:-

اولاً: القوانين العراقية القديمة:-

امتازت قوانين وادي الرافدين[1] بخلوها من مظاهر القسوة والانتقام التي كانت سائدة في ذلك الشطر من الزمن[2]. وان التعويض العيني في تلك القوانين ليس نظرية عامة خصها هذا القانون او ذاك بأحكام معينة او تناولها بالتفصيل، وانما هنالك نصوص متفرقة بين ثنايا هذه القوانين تعدُّ تطبيقاً لفكرة التعويض العيني، والتي مانزال نجد صداها في القوانين المعاصرة. وبناءً على ماتقدم فإنه لابد من الرجوع الى هذه النصوص وهذا ما سنتناوله فيما يأتي:-

١- قانون أور- نمو (٢١١٣-٢٠٩٥ ق.م).

يعد قانون (أور-نمو) أقدم قانون مكتشف في العراق والعالم[3]. وعلى الرغم من النقص الموجود في النصوص المكتشفة الا انه يمكن تصنيف المواد المتبقية الى مجموعات متميزة تعالج موضوعات مستقلة. والمجموعة التي تخصنا هي المجموعة الاخيرة المواد (٢٧-٢٩) المتضمنة احكام التجاوز على حقول الغير. اذ عالجت هذه المواد مسؤولية المتجاوز على حقول الغير بأن يخسر النفقات جميعها[4]، وانه اذا ما أغرق شخص حقل اخر فأنه يعوض صاحب الحقل بكمية من الشعير تقدر بنسبة مساحة

---

[1] يعد مؤرخو الحضارة تلك القوانين اولى واقدم محاولات للانسان لتنظيم المجتمعات. انظر، د. عامر سليمان، القانون في العراق القديم- دراسة مقارنة، دار الشؤون الثقافية العامة، بغداد، ١٩٨٧م، ص١٦٧.

[2] عبد الرحمن البزاز، الموجز في تأريخ القانون، دار دجلة للطباعة والنشر، بغداد، ١٩٤٨م، ص٥٤.

[3] حول تاريخ هذه السلالة، انظر، طه باقر، مقدمة في تاريخ الحضارات القديمة، ج١، بغداد، ١٩٧٣م، ص٣٧٨-٤٠٠.

[4] المادة (٢٧) من قانون اور-نمو. انظر في هذه المادة ومقارنتها بالمادة (١٨) من قانون لبث عشتار والمادة (٣٠) من قانون حمورابي، د. عامر سليمان، مصدر سابق، ص٢٠٣.

الحقل[1]، واذا ما اهمل مستأجر الحقل ولم يزرع الحقل المُستأجر فأنه يدفع لصاحب الحقل كمية من الشعير بنسبة مساحة الحقل ايضاً[2].

ويلاحظ عدم وجود اية اشارة صريحة الى التعويض العيني في هذه المجموعة، الا اذا فسرناه بالاهتمام بالتعويضات العينية بواسطة كميات محددة من الشعير[3].

٢- قانون حمورابي (١٧٢٨-١٦٨٦ق.م)[4]

يعد قانون حمورابي من اكمل القوانين التي عرفتها المجتمعات القديمة من حيث تنظيمه للاحكام[5]. إذ نص هذا القانون، على اعادة املاك الهارب من اداء الخدمة العسكرية اليه عند عودته الى وطنه اذا كانت غيبته لمدة سنة واحدة[6].

وسار هذا القانون على نهج قانون (اور-نمو)، عندما حدد مسؤولية الفلاح في حالة اهماله الارض الزراعية التي كان قد استأجرها من مالكها، فأن على الفلاح المهمل ان يدفع تعويضاً لصاحب الارض بقدر ماينتجه الحقل المجاور[7]. وكذلك في حالة ما اذا تسبب اهمال الفلاح في اغراق الارض المجاورة، فعلى الفلاح المهمل ان يعوض

---

(١) المادة (٢٨) من قانون اور-نمو، تقابلها المواد (٥٤و٥٥) من قانون حمورابي. انظر، المصدر السابق، ص٢٠٣.

(٢) المادة (٢٩) من قانون اور-نمو، تقابلها المادة (٤٢) من قانون حمورابي. انظر، المصدر السابق، ص٢٠٣.

(٣) يرى: د. سعدون العامري، ((بأن هذه الطريقة هي طريقة التعويض غير النقدي))، مصدر سابق، ص١٥١.

(٤) وقد حددت السنة الاربعون من حكم الملك حمورابي على انها السنة التي اصدر فيها حمورابي قوانينه. د. عامر سليمان، مصدر سابق، ص٢٢٢.

(٥) د. عباس العبودي، تاريخ القانون، مطبوعات جامعة الموصل، بلا سنة طبع، ص٩٣-٩٤.

(٦) المادة (٣١) من قانون حمورابي. اشار اليها. د. عامر سليمان، مصدر سابق، ص٢٣٥.

(٧) المواد (٤٢ و٤٣) من قانون حمورابي، انظر، المصدر السابق، ص٢٣٧.

صاحب الحقل المجاور عن الحبوب التي تسبب في اتلافها نتيجة اهماله[١]، اما اذا كان الزرع قد نبت ومضى عليه مدة من الزمن ولم يعد بالامكان اعادة زراعته بعد ان اغرقه الفلاح المهمل فعلى الفلاح المهمل ان يعوض المتضرر بما يقابل انتاج الحقل المتوقع بالنسبة للحقل المجاور[٢].

وحدد قانون حمورابي مسؤولية صاحب الدار الذي يقوم بترميم داره المؤجرة خلال مدة وجود المستأجر فيها، فإن حدث ان فقد المستأجر بعضاً من اثاثه في اثناء ذلك فعلى صاحب الدار تعويضه عما فقده من اموال وممتلكات[٣].

كما حدد القانون مسؤولية الدائن الذي يأخذ حبوب من عنبار المدين من دون علمه، فأن ثبت عليه ذلك، فعليه ان يعيد الحبوب التي اخذها الى صاحبها اضافة الى معاقبته بخسران دينه كاملاً[٤].

وحدد القانون مسؤولية الطبيب الذي اجرى عملية لعبد مولى وسبب وفاته، فعليه ان يعوض عبداً بعبد[٥]. كما حدد القانون مسؤولية متعهد البناء عن اعماله العمرانية جميعها، فاذا ماتهدمت الدار على اموال صاحبه فان على متعهد البناء ان يعوض صاحبها عما تلف، بالاضافة الى اعادة بناء الدار من امواله الخاصة[٦]. اما اذا انهار

---

[١] المادة (٥٣) حمورابي. تقابلها (م/٣) من القوانين الاشورية الوسيطة. انظر، المصدر السابق، ص٢٣٩و٢٩٨.

[٢] المادة (٥٥) حمورابي. اشار اليها، المصدر السابق، ص٢٤٠.

[٣] المادة/ G من قانون حمورابي، انظر المصدر السابق، ص٢٤٣.

[٤] المادة/ ١١٣ من قانون حمورابي، المصدر السابق، ص٢٤٨.

[٥] المادة/٢١٩ من قانون حمورابي، انظر د. فوزي رشيد، الشرائع العراقية القديمة، بغداد، ١٩٧٣م، ص١٢٩.

[٦] المادة/ ٢٣٢ من قانون حمورابي، المصدر السابق، ص١٣٠.

جدار البيت نتيجة عدم اتقان البَنّاء لعمله فأن على البَنّاء اعادة بناء الجدار من حسابه الخاص[١].

وسار قانون حمورابي على نهج قانون اشنونا عندما حدد مسؤولية ملاح السفينة الذي يسبب بأهماله في غرق السفينة بما فيها من اموال، فقد الزمه القانون بتعويض اصحاب الاموال التي غرقت بسبب اهماله بمثل الاموال المفقودة[٢].

وكذلك حدد القانون بأنه اذا كان موت الحيوان نتيجة اهمال المستأجر وضربه الحيوان، فعليه ان يعوض صاحب الحيوان بحيوان مماثل[٣]. وكذلك ان تسبب المستأجر بكسر قدم الحيوان او قطع عصب رقبته فعليه ان يعوض صاحب الحيوان بحيوان مماثل[٤].

ثم اتجه قانون حمورابي بعد ذلك الى معالجة مسؤولية الاجير الذي يقوم بأعمال لصالح رب العمل، عن اعماله جميعها، فقد الزمه القانون بمراعاة الاعمال الموكلة له واتمامها بالصورة المطلوبة منه، فاذا ما استأجر رجل راعياً للبقر، واضاع البقر او الغنم التي سلمت اليه، فعليه ان يعوض صاحبها مثل البقر التي فقدها وشياهاً مثل الشياه التي فقدها[٥].

وعلى الرغم من عدم وجود نص صريح يشير الى التعويض العيني الا انه يمكن الاستدلال على معرفة قانون حمورابي بالتعويضات العينية واستشعاره بأهميتها من خلال الامور الاتية:-

---

[١] المادة/ ٢٣٣ من قانون حمورابي، انظر د. عامر سليمان، مصدر سابق، ص٢٦٩.

[٢] المادة/ ٢٣٧ من قانون حمورابي، انظر د. فوزي رشيد، مصدر سابق، ص١٣١.

[٣] المادة/ ٢٤٥ من قانون حمورابي، انظر د. عامر سليمان، مصدر سابق، ص٢٧٠.

[٤] المادة/ ٢٤٦ من قانون حمورابي، المصدر السابق، ص٢٧٠.

[٥] المادة/ ٢٦٣ من قانون حمورابي، انظر د. فوزي رشيد، مصدر سابق، ص١٣٥.

١- الحكم بإعادة الحال الى ماكانت عليه، كما في حالة اعادة املاك الهارب من الخدمة العسكرية عند عودته (م٣١ من قانون حمورابي). والزام الدائن الذي يأخذ حبوب من عنبار المدين من دون علمه باعادة تلك الحبوب (م١٣ من قانون حمورابي). والزام متعهد البناء باعادة بناء الدار التي انهدمت بسبب عدم اتقان البَنّاء لعمله (المواد ٢٣٢ و٢٣٣ من قانون حمورابي).

٢- الحكم بالتعويض بمثل الشيء التالف او الضائع او المسروق.

ويلاحظ ان القصد من هذه التعويضات هي لتهدئة ثورة المتضرر ومنعه من الانتقام من محدث الضرر الى جانب ردع محدث الضرر.

ثانيا: التعويض العيني في القانون الروماني:-

لم يصل القانون الروماني في اية مدة من مدد تطوره الى تقرير قاعدة عامة في المسؤولية المدنية، العقدية منها والتقصيرية، تقضي بأن كل من احدث ضرراً غير مشروع بالغير يُلزم بتعويض هذا الضرر. بل كانت هناك اعمال معينة تحددها النصوص القانونية، هي وحدها التي ترتب المسؤولية[1].

وبتطور الاحوال القانونية بصدور قانون اكويليا (Lex Aquilia) سنة ٢٨٧/ ق.م، قسم هذا القانون تلك الاعمال على ابواب ثلاثة. والذي يخصنا منه الباب الثالث، الذي يعطي للمتضرر حق اقامة الدعوى في الحالات جميعها التي يقع فيها تعدٍ على أي

[1] د. حسن علي الذنون، المبسوط، المصدر نفسه، ص٢٧.

شيء سواء أكان هذا التعدي بالاحراق ام بالاتلاف او بالكسر[1]. أي الاعتداءات على الاشخاص من دون وجه حق وتسمى (injuria– أي على وجه التعدي)[2].

ونجد من اثار العقد في القانون الروماني، بأن للمعير دعوى على المستعير بمثل الاشياء المعارة مقداراً ونوعاً، وليس المعير هنا دائناً بشيء معين بل شيء مثلي، فلا يسقط حقه اذا هلكت الاشياء المعارة قضاءً وقدراً عند المدين قبل انتفاعه بها[3]. وهذا هو معنى القاعدة الرومانية الشهيرة ((المثليات لاتهلك))[4].

واذا كان القانون الروماني لم يعرف فكرة اساءة استعمال الحق، كما هي الان في القانون الحديث، فأنه في الواقع، لم يخلُ من وسائل لمحاربة اساءة استعمال الحق في حالات معينة[5]. فأعد المالك الذي يقوم بحفريات في ملكه وسبب بذلك ضرراً لملك جاره مسؤولاً عن ذلك[6]. واذا بنى شخص بحسن نية في ملك غيره، كان البناء يؤول الى مالك الارض على ان يعوض هذا الاخير الباني عما انفق، فاذا كان مالك الارض لاقبل له بدفع التعويض، ثبت للباني حق نزع مابناه على الاّ يمس بسلامة ملك صاحب الارض[7].

---

(1) نفس المصدر السابق ونفس الصفحة.

(2) د. محمد عبد المنعم بدر، ود. عبد المنعم البدراوي، مباديء القانون الروماني تأريخه ونظمه، مطابع دار الكتاب العربي بمصر، ١٩٥٤م، ص٤٨٩.

(3) د. هاشم الحافظ ومحمد طه البشير، القانون الروماني، ج٢ في الاموال والالتزامات، بغداد، ١٩٨٨م، ص١٦٩.

(4) أي ان الاشياء المثلية موجودة دائماً في السوق ومن الممكن الحصول عليها لاحلال بعضها محل بعض. د. صبيح مسكوني، القانون الروماني، ج١، ط٢، مطبعة شفيق، بغداد، ١٩٧١م، ص٥٢.

(5) حسن كيره، رسالته في اساءة استعمال الحقوق في القانونين الفرنسي والمصري، باريس، ١٩٥٢م، المشار اليها في، د. سليمان مرقس، الوافي، المصدر نفسه، ص٣٣٠.

(6) د. سليمان مرقس، مصدر سابق، ص٣٣٠.

(7) انظر ماركوفيتش، رسالته في نظرية اساءة استعمال الحقوق في القانون المقارن، باريس، ١٩٣٦م. المشار اليها في، د. سليمان مرقس، مصدر سابق، ص٣٣٠.

وفي علاقات الجوار، نص القانون الروماني: انه اذا اقام احدهم في ملكه منشآت تبعث الدخان الكثيف فوق ملك جيرانه لا لغرض سوى مضايقة هؤلاء الجيران، كان مسؤولاً عن ازالة ذلك[1].

وعلى الرغم من ان البدل النقدي او الغرامة النقدية هي التي كانت مقررة في القانون الروماني، على إنها جزاء للافعال غير المشروعة التي تُلحق الغير وتصيبهم بالضرر[2]. الا ان ذلك لايستبعد التعويض العيني، بازالة المخالفة، متى ماكان ذلك ممكناً.

الفرع الثاني

التعويض العيني في الشريعة الاسلامية

يتسم التعويض في الشريعة الاسلامية بفكرة موضوعية اساسها تعويض المال بعوض يساويه لايقل ولايزيد، فهو قائم على اساس ازالة الضرر[3]. وهذا مايعرف في الفقه الاسلامي "اي التعويض"، بالضمان[4]، وللضمان صور متعددة[5]. بيد أن ابرز هذه

---

[1] انظر ماركوفيتش، مشار اليه في المصدر السابق، ص٣٣١.

[2] محمد حنون جعفر ال حمرة، الاعتبارات المؤثرة في تقدير التعويض عن الفعل الضار، رسالة ماجستير، كلية صدام للحقوق- جامعة صدام، لسنة ٢٠٠٠م، ص١١.

[3] د. علي الخفيف، الضمان في الفقه الاسلامي، معهد البحوث والدراسات العربية، من دون مكان طبع، ١٩٧١م، ص٦. محمد فوزي فيض الله، نظرية الضمان في الفقه الاسلامي، مكتبة دار التراث، الكويت، ١٩٨٦م، ص١٥٩.

[4] الضمان هو، انشغال الذمة بالتعويض عن التلف والاتلاف في الاموال والابدان. د. صبحي المحمصاني، النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الاسلامية، ج١، ط٢، دار العلم للملايين، بيروت، ١٩٧٢م، ص١٦٦.

[5] تنحصر دراستنا هنا على الاعتداء على المال والذي يتمثل جزاؤه في الشريعة الاسلامية بالضمان، اما الجزاءات المترتبة على الاعتداء على نفس الانسان وجسمه فأمرها منوط بأحكام الدية والارش وحكومة العدل والقصاص وبالامكان الرجوع اليها في كتب الفقه الاسلامي.

الصور هي: ضمان الغصب والاتلاف[١]. وقد عدّ الفقهاء الضمان في كلتي الحالتين جزاءً مدنياً خالصاً، يقصد به مجرد جبر الضرر وخالٍ من معنى العقوبة[٢]. وهو اقرب مايؤدي المعنى المراد من مصطلح (المسؤولية المدنية) في الفقه الحديث[٣]. هذا بالاضافة الى التعويض عن الاضرار التي تقع نتيجة التعسف في استعمال الحق. وسنتناول ذلك بالبحث تباعاً على النحو الاتي:-

اولاً: التعويض العيني في حالتي الغصب والاتلاف:-

استمد الفقهاء ادلة قاعدتي الغصب والاتلاف من الكتاب والسنة والاجماع، الدالة على وجوب احترام حق المالك في ماله وتداركه عند اتلافه. ومن تلكم المدارك والادلة مايأتي:-

---

[١] الغصب لغةً ((اخذ الشيء ظلماً وقهراً، وغصبه غصباً أي اخذه ظلماً وقهراً فهو غاصب والشيء غصب ومغصوب))، ابن منظور، لسان العرب (المحيط)، دار لسان العرب، بيروت، بدون سنة طبع، ص٦٤٨.

والغصب اصطلاحاً ((هو الاستيلاء على حق الغير عدواناً))- عبد الجبار احمد شراره، احكام الغصب في الفقه الاسلامي، مؤسسة الاعلمي، بيروت، ١٩٧٥م، ص٣٦.

الاتلاف لغة ((هو الهلاك، واتلف فلان ماله اتلافاً اذا افناه، والتلف هو الهلاك والعطب وتلف بمعنى هلك))- ابن منظور، لسان العرب، المصدر نفسه، ص٣٢٦.

والاتلاف اصطلاحاً ((فهو اخراج الشيء من ان يكون منتفعاً به المنفعة المطلوبة عادةً))- ابن جزي (محمد بن احمد بن جزي الغرناطي المالكي الكلبي ت ٧٤١هـ)، قوانين الاحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية، دار العلم للملايين، بيروت، ١٩٨٥م، ص٣٣٢.

[٢] د. محمد ابراهيم الدسوقي، تقدير التعويض بين الخطأ والضرر، مؤسسة الثقافة الجامعية، الاسكندرية، ١٩٧٢م، ص٧٢.

[٣] محمود شلتوت، الاسلام عقيدة وشريعة، ط١٤، دار الشروق، القاهرة، ١٩٩٧م، ص٣٩٢.

الدليل الاول/ القرآن الكريم:- ومن آياته:-

١- قوله تعالى:- ((فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ماعتدى عليكم))[١].

نستدل من الاية الكريمة ان اتلاف مال الغير من دون رضاه اعتداء عليه، فهو مدلول الاية. وعندئذ يؤخذ من المعتدي ما يماثل المتلف وليس هو الا المثل او القيمة، وذلك تعبير عن كونه ضامناً. ولاينحصر مورد الاية الكريمة بالجنايات البشرية- على اعتبار ان تعبير الاية جاء بالاعتداء بالمثل، واين ذلك من الضمان ؟

وذلك لعدم اختصاص الاية بمورد القصاص بل تعم بإطلاقها وعمومها الجنايات البشرية والمالية المختلفة، وان جزاء الاعتداء قد يكون مقاصة وقد يكون تضميناً[٢]، - ويحلل ((ابن قيم الجوزية)) وجه تضمين المال لا اتلاف نظيره بقوله ((لأن المتلف ماله اذا اخذ نظيره صار كمن لم يفتْ عليه شيء وانتفع بما اخذه عوض ماله، فاذا امكناه من اتلافه كان زيادة في اضاعة المال، ومايراد من التشفي واذاقة الجاني الم الاتلاف فحاصل بالغرم غالباً))[٣]-، اما التعبير بالاعتداء عن المقاصة او الضمان فللمشاكلة[٤]، كقوله تعالى: ((وجزاؤا سيئةٍ سيئةٌ مثلها))[٥].

---

[١] الاية (١٩٤) من سورة البقرة.

[٢] علي السيد عبد الكريم الصافي، الضمان في الفقه الاسلامي (اسبابه ومجالاته في العقود)- دراسة مقارنة، مطبعة الاداب، النجف الاشرف، ٧٤-١٩٧٥م، ص١٠٧. اصل الكتاب رسالة ماجستير- كلية الاداب جامعة بغداد، ١٩٧٤- ١٩٧٥.

[٣] ابن قيم الجوزية (ابو عبد الله محمد بن ابي بكر)، اعلام الموقعين عند رب العالمين، ج٢، ط١، مطبعة السعادة بمصر، ١٣٧٤هـ/ ١٩٥٥م، ص١٠٤.

[٤] البجنوردي (السيد ميرزا حسن الموسوي)، القواعد الفقهية، ج٢، مطبعة الاداب، النجف الاشرف، ١٣٩١هـ/١٩٧١م، ص١٧.

[٥] الاية (٤٠) من سورة الشورى.

٢- قوله تعالى: ((وان عاقبتم فعاقبوا بمثل ماعوقبتم بــه))[١]. ووجــه الاســتدلال السابق اتٍ في هذه الاية ايضاً. وممن استدل بها على ان المتلفات تضمن بالجنس: ابــن قيم الجوزية[٢]، وابن حزم الظاهري[٣].

الدليل الثاني/ السنة:-

١- قول النبي (ص): ((لايأخذ احدكم متاع اخيه جاداً ولا لاعباً، فمن اخذ عــصا أخيه فليردها))[٤].

٢- ويجب رد المغصوب على مالكه وجوباً فورياً اجماعاً[٥]، لقوله (ص): ((وعلى اليد ما اخذت حتى تؤدي))[٦]، مادامت العين باقية يمكن ردها، سواء اكانت على هيئتها يوم غصبها ام زائدة ام ناقصة[٧].

---

(١) الاية (١٢٦) من سورة النحل.

(٢) ابن قيم الجوزية، مصدر سابق، ص٢٦.

(٣) ابن حزم الظاهري (ابو محمد علي بن احمد الاندلسي)، المحلى، ج٨، المكتب التجاري للطباعة والنشر، بيروت، بلا سنة طبع، ص١٣٥.

(٤) الطوسي الشيخ ابو جعفر محمد بن الحسن، المبسوط، ج٣، مطبعة حيدري، بيروت، بــلا ســنة طبــع، ص٥٩. ومن كتب الحديث كل من:- النوري الحاج ميرزا محمد حسين الطبري، مستدرك الوسائل ومستنبط المسائل، ج٣، مطبعة دار الخلافة، بيروت، ١٣٢١هــ، ص١٤٦. الترمذي ابو عيــسى، صــحيح الترمــذي بشرح ابن العرب، ج٩، ط١، المطبعة المصرية بالازهر، ١٣٥٠هــ، ص٥.

(٥) ولاريب في ان الواجب اولاً اداء العين نفسها، لانشغال الذمة بها ابتداءً. فما دام المكلف متمكناً من تأدية نفسها فلا تصل النوبة الى تأدية بدلها. اما في صورة عدم التمكن فالواجب عليه دفع بدلها وعوضها. الــشهيد السعيد زين الدين البجعي العاملي ((الشهيد الثاني ٩١١-٩٦٥هــ))، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، تعليق السيد محمد كلانتر، ج٧، ط١، مطبوعات جامعة النجف الدينية، مطبعــة الاداب، النجــف الاشــرف، ١٣٨٠هــ/١٩٦٨م، ص٣٧ هــ٥.

(٦) الامير السيد محمد بن اسماعيل الكحلاني الصنعاني (ت ١١٨٢هــ)، سبل السلام شرح بلــوغ المــرام، ج٣، تعليق محمد عبد العزيز الخولي، دار الجيل، بيروت، ١٤٠٠هــ/ ١٩٨٠م، ص٧٠.

(٧) الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، مصدر سابق، ص٣٦.

٣- ومما استدل به، تغريم النبي (ص) احدى زوجاته- وقد كسرت إناء صاحبتها- اناء بدله قائلاً: ((إناء بإناء وطعام بطعام))[١].

ويلاحظ بصدد هذا الحديث، ان بعض الكتاب[٢] اكتفى بهذا الحديث للدلالة على التعويض العيني في الفقه الاسلامي، وبدورنا نتفق مع الرأي الاخر الذي اعده من طرق التعويض غير النقدي[٣].

٤- قول النبي (ص): ((من عمل عملاً ليس عليه امرنا فهو رد))[٤]، وهذا الحديث من جملة ما استدل به ((ابن حزم الظاهري)) على وجوب الرد وضمان المثل قائلاً ((ولم يستثنِ عليه السلام عالماً من غير عالم، ولا مكلفاً من غير مكلف، ولا عامداً من غير عامد))[٥].

٥- قول النبي (ص): ((لاضرر ولا ضرار))[٦]،وهذا يعني وجوب دفع الضرر ورفعه وعدم اقراره[٧].

---

[١] الامير الصنعاني، سبل السلام شرح بلوغ المرام، المصدر نفسه، ص٩٠٤. ورواه البخاري والترمذي وسمى الضاربة عائشة، وزاد فقال النبي (ص): ((طعام بطعام واناء بإناء)). انظر تعليق التعليق على صحيح البخاري، الحافظ احمد بن علي بن حجر العسقلاني (المتوفي سنة ٨٥٢هـ، ج٥، ط١، دار عمار الاردن، المكتب الاسلامي/ بيروت، ١٩٨٥م، ص٧٧.

[٢] د. حسن علي الذنون، المبسوط، المصدر نفسه، ص٢٨٥.

[٣] د. سعدون العامري، مصدر سابق، ص١٥١.

[٤] ابو عبد الله محمد بن اسماعيل، صحيح البخاري، ج٢، مطبعة دار احياء الكتب العربية، بيروت، بلا سنة طبع، ص١٧.

[٥] ابن حزم الظاهري، المحلى، ج٨، المصدر نفسه، ص١٣٥.

[٦] محمد بن يعقوب الكليني، الفروع للكافي، ج٥، ط٣، دار التعارف، بيروت، ١٤٠١هـ، ص٢٨٠. وقد اقتبس المشرع العراقي هذه القاعدة الشرعية من الحديث الشريف بالنص عليها في المادة (٢١٦/ف١) من القانون المدني.

[٧] سليم رستم باز اللبناني، شرح المجلة، الكتاب الاول، ط٣، المطبعة الادبية، بيروت، ١٩٢٣م، ص٢٩. المادة (١٩).

٦- قول النبي (ص): ((من اخرج من حده شيئاً فأصاب انساناً فهو ضامن))، وماروي عن الامام علي (ع) قوله: ((من اخرج رحاً من ركن داره فعقرت رجلاً ضمن))[١].

٧- وعن الامام جعفر الصادق (ع)، ان الرسول (ص) قال: ((من اخرج ميزاباً او كنيفاً، او اوتد وتداً، او اوثق دابة، او حفر بئراً في طريق المسلمين، فأصاب شيئاً فعطب، فهو له ضامن))[٢].

الدليل الثالث/ الاجماع:-

نص بعض الاعلام على تسالم الفقهاء على مضمون قاعدتي الغصب والاتلاف، وتكلموا فيها على انها من ارسال المسلمات[٣]. واستعمل الفقهاء مصطلحي: المثلي[٤]، والقيمي[٥] للدلالة على نوع التعويض[١] عيناً أ كان أم نقداً. اذ ذهب غالبية الفقهاء

---

[١] ابن حزم الظاهري، المحلى، ج١٠، المصدر نفسه، ص٥٢٦-٥٢٧.

[٢] الطوسي الشيخ ابو جعفر محمد بن الحسن بن علي، تهذيب الاحكام، ج١٠، مطبعة النعمان، النجف الاشرف، بلا سنة طبع، ص٢٣٠. الحر العاملي الشيخ محمد بن الحسن، وسائل الشيعة الى تحصيل مسائل الشريعة، ج١٩، دار احياء التراث العربي، بيروت، بلا سنة طبع، ص١٨٢. النوري الحاج ميرزا محمد حسين الطبري، مستدرك الوسائل ومستنبط المسائل، المصدر نفسه، ص٢٦٩.

[٣] البنجوردي، مصدر سابق، ص١٧. لمزيد من مصادر الفقه الاسلامي ومناقشتها انظر، علي السيد عبد الحكيم الصافي، مصدر سابق، ص١١٣.

[٤] المثلي ((وهو المتساوي الاجزاء والمنفعة المتقارب الصفات الذي تتفاوت به القيمة زيادة ونقيصة، مثل الحنطة والشعير او كانت امثاله كثيرة، مثل الظروف المصنوعة بالمكائن)). الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، المصدر نفسه، ص٣٦.

[٥] القيمي ((مالايكون له مماثل في الاوصاف والجهات التي بها المالية زيادة ونقيصة. وهذا يختلف بحسب الازمان والبلدان. فالثوب وان كان معدوداً من القيمي الا انه في عصرنا الحاضر مع وجود هذه المعامل يعد مثلياً. ومن هنا يظهر ان تعريف المثلي بما تتساوى اجزاؤه من حيث القيمة ناظر الى الغالب)). المصدر السابق، ص٣٨ هـ٥.

المسلمين الى انه، اذا كان للعين التالفة في الخارج مايماثلها من حيث الاوصاف الموجبة لاختلاف القيمة زيادة ونقيصة وجب على المكلف دفعها الى مالكها، لانه اقرب عند العرف والعقلاء الى ردّ العين[2]، فاذا لم يتمكن المكلف من رد نفسها وجب ردّ مثلها[3]. واما اذا لم يكن لها في الخارج مماثل فالواجب على المكلف دفع قيمة العين لانها اقرب الى العين بنظر العرف. وهذا هو معنى قول "الفقهاء رضوان الله عنهم": ((ان البدل في الواجب هو المثل في المثليات، والقيمة في القيميات))[4].

وجاءت مجلة الاحكام العدلية بأحكام الفقه الحنفي، فوضعت القواعد القانونية العامة في التعويض، ووضعت تعاريف متقنة في التعويض العيني والتعويض النقدي، على حدٍ سواء. فالمادة (١٤٥) من المجلة نصت على ان ((المثلي مايوجد مثله في السوق من دون تفاوت يُعتد به)). وجاءت المادة (١٤٦) منها بتعريف القيمي اذ نصت بأن ((القيمي ما لا يوجد له مثل في السوق او يوجد لكن مع التفاوت المعتد به في القيمة)). وقضت المادة (٨٩٠) من المجلة بأنه ((يُلزم الغاصب في الاصل برد المغصوب عيناً))، في حين قضت المادة (٥٣) منها بأنه ((اذا بطل الاصل يُصار الى البدل)).

كما قضت المادة (٨٩١) من المجلة بأنه ((اذا استهلك الغاصب هذا المال او تلف او ضاع بتعديه او من دون تعديه كان عليه اعطاء مثله ان كان من المثليات، واعطاء قيمته ان كان من القيميات)). وحددت الفقرة الاولى من المادة (٩٠٠) من المجلة بأنه

---

[1] لمزيد من التفصيل في ضمان المثلي والقيمي واوجه الاستدلال ومناقشة الادلة والرد عليها، انظر، علي السيد عبد الحكيم الصافي، مصدر سابق، ص٣٤٥.

[2] الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، المصدر نفسه، ص٣٧ هـ٥.

[3] ليس للمثل حقيقة شرعية او متشرعة، بل هو بمعناه اللغوي والعرفي وهو المماثل. انظر، المصدر السابق، ص٣٧ هـ٥.

[4] "يجب على السارق اعادة العين المسروقة، وان تلفت اغرم مثلها او قيمتها ان لم يكن لها مثل وان نقصت عليه ارشى النقصان". انظر في هذا المعنى "ابو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن الحلي، شرائع الاسلام في مسائل الحلال والحرام، ج١٤، الطبعة المحققة الاولى، النجف الاشرف، ١٩٦٩م، ص١٧٨.

((لايكفي اداء الشيء المغصوب عيناً وحده احياناً. فاذا طرأ عليه نقصان بسبب تغيير اسعاره في السوق فلا ضمان على الغاصب. اما اذا كان النقص بسبب استعمال الغاصب او صنعه، فعلى الغاصب ضمان مقدار هذا النقصان)).

وذهبت المادة (٩٠٣) منها للقول، بأنه ((وفوق رد الاصل مع تعويض النقصان عند وجوده، يلزم الغاصب ان يرد الزيادة المتولدة من المغصوب))[١].

والقضاء العراقي له تطبيقات متعددة في موضوع التفرقة بين القيمي والمثلي، اذ قضت محكمة التمييز بأنه اذا كان المال المغصوب من المثليات فعلى الغاصب ان يعيد مثل المال المغصوب[٢]. كما قررت المحكمة نفسها، بأنه تقضى الديون بأمثالها، ولهذا لايجوز الحكم بالدنانير اذا تعين الدين بالليرات[٣].

ويلاحظ، أن الادلة من النص القرآني والسنة والاجماع، متوافرة وواضحة على ضمان الغصب والاتلاف، ضماناً عينياً. وذلك لاريب فيه لأن الواجب اداء العين نفسها، لانشغال الذمة بها ابتداءً فمادام المكلف متمكناً من تأدية نفسها فلا تصل النوبة الى تأدية بدلها[٤].

ثانيا: التعويض العيني في حالة التعسف في استعمال الحق:-

ونتناول معالجات الفقهاء لبعض تطبيقات التعويض العيني للاضرار التي تقع نتيجة التعسف في استعمال الحق، وذلك على الشكل الاتي:-

---

[١] مثلاً، لو اغتصب احد بيت نحل العسل مع نحلة واستردها المغصوب منه، يأخذ ايضاً العسل الذي حصل عند الغاصب. د. صبحي المحمصاني، مصدر سابق، ص١٦١.

[٢] القرار رقم ١٩٤٢/٣١٤ في ١٩٤٢/٣/٢٨. ((اذا كان المغصوب من المثليات، فتلف اوضاع، الزم الغاصب باعطاء مثل ماغصب ولايصار فيه الى القيمة)). اشار اليه. د. حسن الخطيب، تعويض الاضرار المحدثة، البحث نفسه، ص٤٠ هـ١.

[٣] القرار رقم ١٦٥٠/ص/٩٤٩ في ١٩٤٩/١١/٢٢م. مشار اليه في المصدر السابق، ص٤٠.

[٤] الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، المصدر نفسه، ص٣٧ هـ٥.

١- **منع الاشراف على المنازل:-**

استأثرت هذه المسألة بعناية الفقهاء لما في ذلك من انتهاك لحرمة المسكن ومساس براحة ساكنيه، مستندين في ذلك لقوله تعالى: ((وبالوالدين احساناً وبذي القربى واليتامى والمساكين والجار ذي القربى والجار الجنب))[١]. وجاء في الحديث الشريف قول الرسول (ص): ((لايؤمن احدكم حتى يحب لأخيه او لجاره مايحب لنفسه))[٢]. ومن صور ذلك:-

تعلية البناء، او فتح نافذة تطل على بيت الجار، فأن هذا التصرف يمنع، اذا كان من شأنه الاضرار بالجار. اذ جاء في المدونة الكبرى ((إن من بنى قصراً، او رفعها على جاره، او فتح فيها نوافذ تطل على جاره، يمنع من ذلك))[٣]. وجاء في تبصرة الحكام ((إذا ثبت ضرر الاطلاع، يحكم بسدها. وان كان باباً فأنه يغلق غلقاً حصيناً، وتقلع منه العتبة، لئلا يكون حجة عند تقادم الزمان))[٤]، وفيه ايضاً ((ان من احدث على جاره كوه للضياء، فقام جاره عليه من ذلك فإنه ينظر: فإن كان فيه ضرر بجاره منع واغلق))[٥]. وذهب "ابن جزي" الى انه ((من فتح نافذة يكشف منها على جاره فإنه يؤمر بسدها او سترها))[٦].

---

[١] الاية (٣٦) من سورة النساء.

[٢] الامام مسلم بن الحجاج بن مسلم القشري النيسابوري ابو الحسين حافظ، صحيح مسلم، بشرح النووي الشافعي، تحقيق عبد الله احمد ابو زينة، المجلد الاول، مطابع الشعب، القاهرة، بلا سنة طبع، ص٢٢٠.

[٣] الامام مالك بن انس الاصبحي (ت ١٧٩هـ)، المدونة الكبرى، ج٦، دار صادر، بيروت، مصورة عن طبعة مطبعة السعادة بمصر، ١٣٢٣هـ، ص١٩٧.

[٤] القاضي برهان الدين ابراهيم المالكي المدني (ت٧٩٩هـ)، تبصرة الحكام في اصول الاقضية ومناهج الاحكام، ج٢، بدون مكان طبع وبلا سنة طبع، ص٣٥٦.

[٥] المصدر السابق، ص٣٦٠.

[٦] ابن جزي، مصدر سابق، ص٢٩٢.

خاص بموقع المنشاوي للدراسات والبحوث www.minshawi.com

واستحسن متأخروا الحنفية ذلك[1]، اذا كانت النافذة تؤدي الى الضرر او تشرف على مجلس النساء[2]. وهذا كله فيما اذا لم يعتد فعلاً على جاره بنظر متعمد ونحوه، فأن فعل ذلك فأنه يؤدب زيادة على سد النوافذ والابواب المشرفة[3].

وجاء في المغني ((ليس للرجل التصرف في ملكه تصرفاً يضر بجاره نحو ان يبني فيه حماماً بين الدور او يفتح خبازاً بين العطارين او يجعله دكاناً قصارة يهز الحيطان ويخربها او يحفر بئرا الى جانب بئر جاره يجتذب ماءها))[4].

وجاء في كتاب منهاج الصالحين ((يجوز لكل مالك ان يتصرف في ملكه ما يشاء ما لم يستلزم ضرراً على جاره والا فالظاهر عدم جوازه كما اذا تصرف في ملكه على نحو يوجب خللاً في حيطان دار جاره او حبس ماء في ملكه بحيث تسري الرطوبة الى بناء جاره او احدث بالوعة بقرب بئر الجار فأوجب فساد ماؤها او حفر بئر بقرب بئر جاره فأوجب نقصان ماؤها. والظاهر عدم الفرق بين ان يكون النقص مستنداً الى جذب

---

[1] في حين ان المتقدمين من ائمة الحنفية في القرن الثاني للهجرة، قد قرروا ان الاصل للمرء ان يتصرف في ملكه كيف يشاء ولو اضرّ بالغير ضرراً فاحشاً. ((روي عن ابي حنيفة، ان رجلاً شكا اليه من بئر حفرها جاره في داره. فقال احفر في دارك بقرب البئر بالوعة، ففعل، فنجست البئر، فكبسها صاحبها. ولم يفته بمنع الحفر بل هداه الى هذه الحيلة)). شمس الدين السرخسي، المبسوط، ج١٥، ط٢، بيروت، بلا سنة طبع، ص٢١. اما المتأخرون من الحنفية، فقد وجدوا ابتداءً من القرن السادس الهجري، ان الحياة في المجتمع تتطلب الحد من حق الملكية، فقيدوا استعماله- على خلاف القياس- بشرط عدم احداث ضرر بين للغير. انظر تفصيل ذلك مع الامثلة والادلة:- د. سليمان مرقس، الوافي، المصدر نفسه، ص٣٥٧-٣٦٣.

[2] محمد بن علي بن محمد علي الملقب بعلا الجعكفي (ت١٠٨٨هـ)، رد المختار على الدر المختار، حاشية ابن عابدين، ج٤، مطبعة دار احياء الكتب العربية الكبرى، بلا سنة طبع، ص٤٠١-٤٠٢.

[3] سليمان بن عمر بن منصور المعروف بالجمل (ت١٢٠٤هـ)- حاشية الجمل على المنهج، ج٥، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، بلا سنة طبع، ص١٦٥.

[4] الامامان موفق الدين بن قدامة وشمس الدين بن قدامة المقدسي، المغني، ج٥، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع، بيروت، ١٩٨٣م، ص٥١.

البئر الثانية ماء الاولى وان يكون مستنداً الى كون الثانية اعمق من الاولى. نعم لامانع من تعلية البناء وان كانت مانعة من الاستفادة من الشمس او الهواء))[1].

وعلى غرار الشريعة الاسلامية، عنت مجلة الاحكام العدلية كثيراً في التزامات الجوار، إذ قيدت حق المالك في تصرفه بملكه بقيد عدم الاضرار الفاحش بالجار[2]. ومن امثلة مانصت عليه في ذلك الشأن، ان يقيم المالك جداراً عالياً يحجب النور والهواء كلية عن ملك جاره[3]. او ان يتخذ شخص في اتصال دار دكان حداد او طاحونة بحيث يحصل ضرر للبناء من طرق الحديد او دوران الطاحونة، او ان يحدث فرناً او معصرة لايستطيع صاحب الدار السكنى فيها لتأذيه من الدخان او المعصرة[4]. او ان يفتح مطلاً على نساء جاره[5]. فهذا كله ضرر فاحش يُلزم دفعه وازالته. وكما لو احدث رجل بناءً مرتفعاً في قرب بيدر بيدر آخر وسد مهب ريحه، فإنه يكلفه رفعه للضرر الفاحش[6]. وان سد الضياء بالكلية ضرر فاحش، فاذا احدث رجل بناء فسد بسببه شباك جاره وصار بحال لايقدر على القراءة معها من الظلمة، فله ان يكلفه برفعه للضرر الفاحش[7].

يبدو من الاراء الفقهية المعروضة آنفاً، ان التزام الجوار في الشريعة الاسلامية تكليف على المالك بسبب ملكيته لعين معينة يوجب عليه عدم الاضرار بالجار بسبب ما

---

(1) السيد ابو القاسم الموسوي الخوئي، منهاج الصالحين في المعاملات، ج٢، ط٨، مطبعة النعمان، النجف الاشرف، ١٣٩٧هـ، المسألة رقم ٧٢٦، ص١٧١.

(2) عرفت المادة (١١١٩) من المجلة، الضرر الفاحش بأنه ((كل مايمنع الحوائج الاصلية، يعني المنفعة الاصلية المقصودة من البناء كالسكنى، او يضر البناء أي يجلب له وهناً يكون سبب انهدامه)).

(3) المادة (١١٩٨) من المجلة. تقابلها المادة (١٠٥١) من القانون المدني العراقي.

(4) المادة (١٢٠٠) من المجلة.

(5) المادة (١٢٠٢) من المجلة.

(6) المادة (١٢٠٠) من المجلة.

(7) ولايقال الضياء من الباب كافٍ لأن باب البيت يحتاج الى غلقه للبرد وغيره من الاسباب. المادة (١٢٠١ من المجلة.

ينشأ عن واقعة الجوار من تنازع بين الحقوق العينية المتجاورة. وعليه يجب الضمان بإزالة الضرر عيناً[1]، ويُجبر المتلف باعادته صحيحاً كما كان، متى كان ذلك ممكناً. فالشريعة الاسلامية تأبى ان يكون تصرف الشخص بسبب ملكيته لعين معينة مصدراً للاضرار بالاخرين. لذلك فأن رؤية المحل الذي هو مقر النساء وكصحن الدار او المطبخ تُعد ضرراً فاحشاً، يؤمر محدثه برفعه[2]. كما ان فتح شباك على دار مجاورة يعدّ ضرراً اذا كان يحد من تصرف صاحب الدار في ملكه[3]. وان فتح نوافذ مطلة على حديقة الجار يعدُّ ضرراً فاحشاً ويجب ازالته[4].

٢- **وعلى سبيل الاستدلال**، نجد في قضايا الاحوال الشخصية تطبيقاً للتعويض العيني في حالة التعسف في استعمال الحق، ومن صور ذلك:

أ- الفيء من الايلاء:- الايلاء لغةً: الحلف. وشرعاً: حلف زوج على الامتناع عن وطء زوجته مطلقاً او اكثر من اربعة اشهر، وهو حرام للايذاء[5].

ودليل تحريمه قوله تعالى ((للذين يؤلون من نسائهم تربّصُ اربعةِ اشهرٍ فإن فاءوا فإنّ الله غفورٌ رحيمُ))[6]. وبغية ازالة هذا الضرر ذهب الفقهاء الى ان على الزوج

---

[1] المادة (٢٠) من المجلة تنص على ان ((الضرر يُزال)) اصل هذه القاعدة الحديث الشريف ((لاضرر ولا ضرار)) وقد مر تخريج هذا الحديث في ص٤٨ من هذه الرسالة. وانظر. سليم رستم باز اللبناني، مصدر سابق، ص٢٩ المادة (١٩).

[2] المادة (١٢٠٢) من المجلة.

[3] قرار محكمة التمييز المرقم ٢٧، حقوقية/ ١٩٦٨. اشار اليه، القاضي ابراهيم المشاهدي، المباديء القانونية في قضاء محكمة التمييز، بغداد، ١٩٨٨، ص٤٥٩و٤٦٠.

[4] قرار محكمة التمييز المرقم ٢٧٦٣/ حقوقية/ ١٩٦٥. مشار اليه، في المصدر السابق، ص٤٥٥.

[5] ابو الوليد محمد بن احمد ابن رشد (ت ٥٢٠هـ)، المقدمات الممهدات، ج٢، مكتبة المثنى، بغداد، بلا سنة طبع، ص٤٧٨.

[6] الاية (٢٢٦) من سورة البقرة.

مجامعة زوجته بعد مضي اربعة اشهر او يطلقها[١]. فهنا نلاحظ ان السبب المولد للضرر هو ترك الجماع، لذلك يجبر على العودة الى ماكانت عليها الحال قبل الايلاء[٢].

ب- مراجعة المطلقة طلاقاً رجعياً:-

ومما يمثل التعويض العيني بالمعنى الدقيق، الرجعة في الطلاق. وذلك بأن يراجع المطلق رجعياً مطلقته في العدة، إذ ذكر الفقهاء ان المتعة تسلية للزوجة عن الم الفراق. ثم ذكروا، ان تعويضها بإعادتها الى الحياة الزوجية اعظم من فراقها وإمتاعها[٣].

جـ- قضاء الزوج نصيب الزوجة من القسم اذا فوته:-

القسم هو العدل بين الزوجات في البتوتة، وعليه يجب على الزوج ان يبيت عند كل واحدة مثل مايبيت عند ضرتها[٤]. ويحرم على الزوج ان يدخل في نوبة واحدة على الاخرى لغير ما ضرورة او حاجة تدعو الى ذلك، فأن كان هناك ضرورة كعيادتها لمرض مخوف، او شدة طلق، او خوف او نهب او حرق جاز. لكن يشترط الا يطيل المكث، فإن طال قضى لضرتها مثل وقت العيادة، ولو اكرهه السلطان على الخروج من ليلتها جاز، لأنه موضع ضرورة وعليه القضاء للاخرى، كما يترك الصلاة اذا اكره على تركها وعليه القضاء[٥]. وذهب الامام احمد بن حنبل للقول ((ان الرجل ان سافر

---

[١] ابن حزم الظاهري، المحلى، ج١٠، المصدر نفسه، ص٤٢. ابن رشد، المقدمات الممهدات، المصدر نفسه، ص٤٨٠.

[٢] انظر، د. فاروق عبد الله كريم البرخي، الضرر المعنوي وتعويضه في الفقه الاسلامي، رسالة ماجستير، كلية الشريعة، جامعة بغداد، ١٩٩٠م، ص٧٨.

[٣] محمد بن علي الشوكاني (ت ١٢٥٠هـ)، نيل الاوطار شرح منتقى الاخبار من احاديث سيد الابرار، ج٤، مطبعة دار الجيل، بيروت، ١٩٧٣م، ص٢٩.

[٤] ابن جزي، مصدر سابق، ص١٨٤.

[٥] عبد القادر بن عبد الكريم الورديغي، سعد الشموس والاقمار، شركة الشرق للطباعة المحدودة، بغداد، ١٩٨٩م، ص١٠٨.

بإحدى زوجاته وكان اختياره لها عن طريق القرعة، فلا قضاء عليه، اما اذا لم يقرع فعليه القضاء[1].

د- قطع التمادي في الخطبة:-

ذهب ابن حزم الظاهري الى ان، ((المخطوبة اذا ردت الخاطب، فعليه قطع الخطبة، لأن تماديه في ذلك يضر بها))[2].

ويتبين مما سبق ان الفقهاء، عرفوا التعويض العيني، وهذه الصور بشكل عام، تندرج ضمن القواعد الفقهية، التي تقضي برفع الضرر وازالته.

ونختتم هذا الفرع بالقول مع ماذهب اليه الاستاذ شفيق شحاته ((من ان التعويض في الشريعة الاسلامية يهدف الى الموازنة بين الذمتين الماليتين بإعادة مانقص من الذمة المالية المتضررة الى الحالة التي كانت عليها))[3].

---

[1] ابن قيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، ج٥، تحقيق شعيب الارنؤوط، ط١٤، مدرسة الرسالة، بيروت، مكتبة المنار الاسلامية/ الاردن، ١٩٨٦م، ص١٥٢.

[2] ابن حزم الظاهري، المحلى، ج١٠، المصدر نفسه، ص٣٤.

[3] شفيق شحاته، النظرية العامة للالتزامات في الشرعية الاسلامية، ج١، بلا مكان طبع ولا سنة طبع، ف٢٣٣.

المطلب الثاني

التعويض العيني في التشريعات الحديثة

نريد بالتشريعات الحديثة تلك التشريعات التي صدرت بعد صدور تقنين نابليون (عام ١٨٠٤م) حتى ولو كان قد مضى على صدورها مائة عام او اكثر[١]. وينطوي تحت دراسة هذا المطلب دراسة التشريعات الغربية الحديثة والتشريعات العربية الحديثة وذلك بفرعين وعلى النحو الاتي:-

الفرع الاول

التشريعات الغربية الحديثة

تفيد التشريعات عادةً المبدأ العام القاضي بالتعويض عن كل ضرر غير مشروع اصاب الغير، من دون بيان نوع التعويض. بل اناطت ذلك لسلطة القاضي[٢]، وسنتناول بالدراسة ابرز تلك القوانين وذلك على النحو الاتي:-

اولاً: القانون المدني الفرنسي (تقنين نابليون الصادر في عام ١٨٠٤م):-

تستند المسؤولية التقصيرية في هذا القانون على المواد (١٣٨٢-١٣٨٦) منه. ومن استقراء هذه النصوص[٣] يظهر جلياً بأن نص المادة (١٣٨٢)- سالفة الذكر[٤]- هو الذي يبحث التعويضات المدنية. ونجد ان المشرع الفرنسي اورد في هذه المادة (١٣٨٢)، مبدأً عاماً يقضي بتعويض الضرر من دون بيان طريقة التعويض. وبعبارة

---

(١) د. حسن علي الذنون، المبسوط، المصدر نفسه، ف٥٩ ص٤٩.

(٢) انظر الفصل الاول من الباب الثاني من هذه الرسالة.

(٣) إذ قضت (م ١٣٨٣منه) بمساءلة كل شخص صدر عنه اهمال او تقصير، اما المواد التالية فقد عرضت لصور المسؤولية التقصيرية سواء [أكانت مسؤولية انسان عن فعل الغير (م١٣٨٤)، أم مسؤولية انسان عن اذى الحيوان (م١٣٨٥)، ام مسؤولية الانسان عن الاشياء غير الحية (م١٣٨٦)]. انظر: د. حسن علي الذنون، المصدر السابق، ف٣٥ ص٣٢.

(٤) المادة مشار اليها سابقاً في الطلب الاول من المبحث الاول من الفصل الاول من الباب الاول من هذه الرسالة.

اخرى ان المشرع الفرنسي في هذا النص اطلق مفهوم عبارة التعـويض "**Riparer**" من دون تحديد. بيد إن هذا الامر لايمنع من الحكم بالتعويض العيني، على الرغم مـن تردد الفقه والقضاء في تأييد او انكـار التعـويض العينـي فـي نطـاق المـسؤولية التقصيرية[١].

وكذلك هو الحال في المسؤولية العقدية، إذ إن نص المادة (١١٤٢) سالفة الذكر[٢]- لاتستبعد الحكم بالتعويض العيني في كل مرة يكون فيها هذا التعويض اقرب الى تحقيق العدل من التعويض النقدي[٣].

وقد أجاز المشرع الفرنسي الاخذ بطريقة التعويض العيني صراحةً، عندما نص في المادة (٨٠٩) من قانون المرافعات المدنية الفرنسي على انه:- (يجوز دائمـاً لـرئيس المحكمة ان يأمر بصفة مستعجلة بإتخاذ اجراءات اعادة الحالة الى اصـلها... لوقـف التعرض الواضح لعدم مشروعيته)[٤].

---

[١] انظر المبحث الاول من الفصل الاول وانظر المطلب الثاني من المبحث الثاني من الفصل الثـاني مـن الباب الاول من هذه الرسالة.

[٢] المادة مشار اليها سابقاً في المطلب الثاني في المبحث الاول من الفصل الاول من الباب الاول من هذه الرسالة.

[٣] انظر المطلب الثاني في المبحث الاول من الفصل الاول من الباب الاول و**انظر** الفرع الاول من المطلب الاول من المبحث الثاني من الفصل الثاني من الباب الاول من هذه الرسالة.

[٤] Starck: Droit civil , T2, 1ed, Paris, 1985, P468, n 1050.

ثانياً: قانون الالتزامات السويسري (صدر في عام ١٨٨١م):-

تنص المادة (٤١) من هذا القانون على انه (كل من يحدث عمداً ضرراً بالغير، بأعمال مخالفة للاداب، يُلزم بإصلاح هذا الضرر)[١]. وتقضي المادة (٤٩/٢) من القانون نفسه بأنه (يجوز للقاضي أن يحل او يضيف الى هذا القانون طريقاً اخر من طرق التعويض)[٢]. ويتضح من هذه النصوص جواز الحكم بالتعويض العيني، على الرغم من عدم وجود نص صريح بذلك.

ثالثاً: القانون المدني الاسباني:-

نهج المشرع الاسباني على منوال القانون المدني الفرنسي نهجه، فالمادة (١٩٠٢) من القانون المدني الاسباني تضمنت حكماً عاماً يقضي بأن، ((كل فعل احدث ضرراً للغير يلزم فاعله بتعويض الضرر سواء تسبب بعمل ام بامتناع عن عمل))[٣].

رابعاً: القانون المدني الالماني الاتحادي (لسنة ١٩٠٠):-

منح هذا القانون التعويض العيني المرتبة الثانية بنصه في المادة (٢٥٣) بأنه (يكون التعويض بوساطة النقد، وللاطراف ان يتفقوا على اسلوب اخر للتعويض وذلك بإعادة الشيء الى ماكان عليه بالعمل)[٤].

---

(١) انظر :حسين عامر، التعسف في استعمال الحقوق والغاء العقود، ط١، مطبعة مصر، القاهرة، ١٩٦٠، ص٥٧١.

(٢) أنظر: ابراهيم محمد شريف، الضرر المعنوي وتعويضه في المسؤولية التقصيرية، رسالة ماجستيير، كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٨٩، ص٢٣٠.

(٣) انظر : المصدر السابق، ص١٣٥.

(٤) أنظر: نظام جبار طالب الموسوي، فكرة الضرر الجمالي - دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية صدام للحقوق، جامعة صدام، ٢٠٠٠م، ص٣٣.

خامساً: القانون الانكليزي:-

اشار القانون الانكليزي الى التعويض العيني وذلك بإزالة الضرر، عند تنظيمه لاحوال متاعب الجوار. إذ نص على انه (اذا احدث أحد الجيران ضرراً مستديماً وجدياً وغير عادي- وعلى الاخص اذا كان بسبب حرفته- فإنه يُلزم بتعويض هذا الضرر او ازالة اسبابه)[1].

الفرع الثاني

التعويض العيني في التشريعات العربية الحديثة

لغرض الوقوف على الوضع القانوني للتشريعات العربية الحديثة سنقسم هذا الفرع على فقرتين نبين فيهما التعويض العيني في المباديء العامة للتشريعات ثم التشريعات الخاصة بالتعويض العيني. وذلك على النحو الاتي:-

اولاً: المباديء العامة في التعويض العيني:-

تقرر القواعد العامة بأنه يقدر التعويض بالنقد على انه يجوز للمحكمة تبعاً للظروف وبناءً على طلب المتضرر أن تأمر بإعادة الحالة الى ماكانت عليه او ان تحكم بأداء امر معين او برد المثل في المثليات وذلك على سبيل التعويض (الفقرة الثانية من المادة ٢٠٩ مدني عراقي)[2]، مطابقة للقوانين مصري، سوري، اردني، ليبي، كويتي،

(١) انظر: حسين عامر، مصدر سابق، ص٥٧٥.

(٢) تقابلها المادة (٤٣٥) من مشروع القانون المدني العراقي- طبعة وزارة العدل، بغداد، ١٩٨٦م.

لبناني[1]. وبذلك اتجهت هذه التقنينات لاقرار مبدأ التعويض العيني صراحة[2]، ومنحته المرتبة الثانية بعد التعويض النقدي وذلك ضمن سلطة القاضي التقديرية[3].

ويُعطي القانون المدني العراقي، حقاً للدائن في تعويضه عينياً، اذ تنص عليه المادة (٢٥٢) منه، بأنه ((اذا التزم المدين بالامتناع عن عمل واخل بهذا الالتزام جاز للدائن ان يطلب ازالة ماوقع مخالفاً للالتزام مع التعويض اذا كان له محل))[4]. ويلاحظ من نص هذه المادة بأنه، اذا كان مؤدى الالتزام ان يمتنع المدين عن اقامة بناء، فأن قيامه بالبناء يجبر الدائن ان يطالب بهدم البناء، وتلك هي اعادة الشيء الى اصله[5]. ومن جهة اخرى، قد تقتصر المحكمة على الحكم بالتعويض من دون الازالة، وذلك كما في حالة ما اذا كان الحكم بالازالة من شأنه ان يُلحق بالدائن ضرراً جسيماً، مثال ذلك:- ان يقيم الجار بناء ويجور بحسن نية على جزء ضئيل من ارض جاره، فيجوز للباني ان

---

(١) المواد (٢/١٧١ مدني مصري) و (١٧٢ مدني سوري) و (٢٦٩ مدني اردني) و (١٧٤ مدني ليبي) و (٢٤٣ مدني كويتي) و (١٣٦ قانون الموجبات والعقود اللبناني). كما زاد النص العراقي على النصوص المقابلة عبارة ((ان جاز الحكم برد المثل في المثليات)). وذلك عملاً بحكم الشريعة الاسلامية الذي جاءت به المادة (٨٩١) من مجلة الاحكام العدلية، المشار اليها آنفاً في المطلب الاول من المبحث الثاني من الفصل الاول من الباب الاول من هذه الرسالة.

(٢) وخاصة المشرع اللبناني اذ نص في المادة (١٣٦ موجبات على انه ((يحق للقاضي ان يلبسه شكلاً يكون اكثر موافقة لمصلحة المتضرر، فيجعله حينئذ عيناً، ويمكن ان يكون على الخصوص بطريق النشر في الجرائد)). انظر: زهدي يكن، المسؤولية المدنية او الاعمال غير المباحة، ط١، شركة الطبع والنشر اللبنانية، المكتبة العصرية، بيروت، بلا سنة طبع، ف٦٦ ص١٣١.

(٣) ونجد ان المشرع الجزائري، ترك امر تعيين طريقة التعويض للقاضي وبحسب ظروف الدعوى. إذ نصت المادة (١٣٢) من القانون المدني الجزائري على انه ((يُعّين القاضي طريقة التعويض تبعاً للظروف)). مما يعني بأن التعويض العيني، ضمن صلاحية القاضي للحكم لجبر الضرر بحسب الظروف. انظر: د. مقدم السعيد، التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية- دراسة مقارنة، ط١، دار الحداثة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، ١٩٨٥م، ص٢٢٠. اصل الكتاب اطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر.

(٤) وتقابلها المواد (٢١٢ مدني مصري) و (١٧٣ مدني جزائري) و (٣/٢٥٠ موجبات لبناني).

(٥) انظر: حسين عامر، المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية، ط١، مطبعة شركة مساهمة، القاهرة، ١٩٥٦م، ص٥٢٩.

يجبر الجار على ان يتنازل عن ملكية الجزء المشغول بالبناء في نظير تعويض عادل[1].

وجاء نص المادة (٢٥٥) من القانون المدني العراقي، التي تصدرت احكام التنفيذ بطريق التعويض، بمبدأ عام لايشترط في التعويض ان يكون نقدياً. اذ قضت هذه المادة بما يأتي ((ينفذ الالتزام بطريق التعويض في الاحوال وطبقاً للاحكام التي نص عليها القانون))[2]. ولم يرد في القانون نص اخر يتطلب من التعويض ان يكون مقداراً من النقود[3]. ومثال ذلك:- في حالة التزام شخص بالمحافظة على شيء وتسليمه، اذا اصاب الشيء تلف بخطأ المدين، فأن التعويض في هذه الحالة، قد يشتمل على قيام المدين باصلاح التلف الذي اصاب الشيء، وفي هذه الحالة نكون بصدد تعويض عيني لاتعويض نقدي.

ومن تطبيقات فكرة التعويض العيني في القانون المدني العراقي، ماقضت به المادة (٤١) بالقول بأنه ((لكل من نازعه الغير في استعمال لقبه بلا مبرر ولكل من انتحل الغير لقبه ان يطلب وقف هذا التعرض وان يطلب التعويض اذا لحقه ضرر من

---

[1] وهذا مانصت عليه المادة (٩٢٨) من القانون المدني المصري. انظر: الاستاذ السنهوري، الوسيط، ج٢، ف٤٤٠ ص٧٩٩. ومما تجدر الاشارة اليه ان القانون المدني العراقي قد خلا من نص يماثل حكم القانون المصري هذا. ويقتصر نزع الملكية ومهما كان مساحة او حجم الملك او العقار فقط للمصلحة العامة نظير تعويض عادل. انظر: رابعاً من المطلب الثالث من المبحث الاول من الفصل الثاني من الباب الثاني من هذه الرسالة.

[2] كما نص القانون المدني المصري في المادة (٢١٥) على انه ((اذا استحال على المدين تنفيذ التزامه عيناً، حكم عليه بالتعويض)). من دون ان تحتم هذه المادة ان يكون التعويض نقداً. انظر: د. عبد الودود يحيى، الموجز في النظرية العامة للالتزامات، القسم الثاني في احكام الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٦م، ف٢٥ ص٤٣.

[3] انظر: الاستاذ عبد الباقي البكري، ج٣ في احكام الالتزام، المصدر نفسه، ص١٣٥.

ذلك))[١]. فوقف التعرض يعدّ تعويضاً عينياً[٢]. ونص المادة (١٩٢ مدني عراقي) الذي يلزم رد المال المغصوب عيناً وتسليمه الى صاحبه...، فرد المال المغصوب يعدُّ تعويضاً عينياً. وماقضت به المادة (٩١١) من القانون المدني العراقي[٣]، من ان يطالب رب العمل بازالة المخالفة الواقعة من العامل بإخلاله بتعهد من عدم المنافسة ولحق رب العمل ضرر من ذلك. وما قضت به المادة (١٠٨٤ مدني عراقي)، من اجبار صاحب السفل الذي هدم سفله تعدياً على اعادة بنائه. وكذلك مانصت عليه المادة (١٠٨٨/٢ مدني عراقي)[٤] بأنه ((واذا انهدم الحائط المشترك واراد احدهما اعادة بنائه وابى الاخر يجبر الابي على البناء. ويجوز لشريكه بإذن المحكمة ان يعيد بناءه، وان يرجع على الابي بنصيبه من نفقات البناء)). فالزام الشريك بإعادة بناء الحائط هو تعويض عيني[٥]. كما وقضت المادة (١١١٩ مدني عراقي)[٦]، بإعطاء صاحب الارض حق طلب قلع المغروسات او المنشآت الاخرى التي اقيمت على ارضه ممن يعلم انها ليست ملكاً له. فالحكم بقلع المنشآت على نفقة المحدث يعدُّ تعويضاً عينياً[٧].

واخيراً، يجوز للمحكمة اذا رأت ان التعويض العيني غير كافٍ ان تحكم بالاضافة اليه بتعويض نقدي[٨]، وخاصة التعويض عن المدة الواقعة بين وقوع الضرر وازالته

---

[١] تقابلها المواد (٦٨ من مشروع القانون المدني العراقي) و (٥١ و٥٢ مدني مصري) و (٥٢ و٥٣ مدني سوري) و (٥٠ ليبي).

[٢] د. حسن علي الذنون، المبسوط، المصدر نفسه، ف٤٠١ ص٢٨٠. د. سعدون العامري، مصدر سابق، ص١٥٠.

[٣] تقابلها المواد (٦٨٦ مدني مصري) و (٦٥٣ سوري) و (٦٨٥ ليبي).

[٤] تقابلها المادة (١٧٢) من مشروع القانون المدني العراقي.

[٥] د. حسن علي الذنون، المبسوط، المصدر نفسه، ف٤٠١ ص٢٨٠. د. سعدون العامري، مصدر سابق، ص١٥٠.

[٦] تقابلها المادة (٢٠٠) من مشروع القانون المدني العراقي.

[٧] د. حسن علي الذنون، مصدر سابق، ف٤٠١ ص٢٨٠. د. سعدون العامري، مصدر سابق، ص١٥٠.

[٨] الاستاذ السنهوري، الوسيط، ج٢، المصدر نفسه، ف٤٤٠ ص٧٩٩.

فأن هذه المدة لايمكن ان يعوض عنها عيناً لذلك يعوض المتضرر عنها بمبلغ من النقود.

ثانياً: التعويض العيني في التشريعات الخاصة:-

حظي التعويض العيني بتنظيم تشريعي خاص في العراق يتماشى مع اهمية هذه الطريقة من طرق التعويض، وسنتناول في هذه الفقرة بحث احكامه في قانون الاستملاك العراقي النافذ[١]، وقرارات مجلس قيادة الثورة المتعلقة بالتعويض العيني[٢] وذلك على النحو الاتي:-

أ) قانون الاستملاك رقم ١٢ لسنة ١٩٨١م النافذ:-

خصص قانون الاستملاك الباب الثالث للتعويض، وافرد الفصل الاول منه للتعويض العيني، موزعها على مادتين هما (٢٩و٣٠) من هذا القانون. اذ اجاز في المادة (٢٩ منه) للمستملك ان يعوض المستملك منه ارضاً زراعية او بستاناً معادلة من حيث القيمة ضمن حدود الوحدة الادارية للارض او البستان المطلوب استملاكها او بمثلها خارج حدود الوحدة الادارية بموافقة المستملك منه[٣]. اما اذا كان العقار المطلوب استملاكه من غير الاراضي الزراعية او البساتين فأنه قد اجاز للمستملك كذلك ان يعرض عقاراً او اكثر او حقوقاً عينية اصلية اخرى تعويضاً عن العقار المطلوب استملاكه ولكنه اشترط في هذه الحالة موافقة المستملك منه. وقضت المادة (٣٠) من

---

[١] صدر قانون الاستملاك رقم ١٢ لسنة ١٩٨١م، وفق قرار مجلس قيادة الثورة رقم/١٠٤ في ١٩٨١/١/٣١م ونشر في جريدة الوقائع العراقية في العدد/ ٢٨١٧ بتاريخ ١٩٨١/٢/١٦م.

[٢] قرارات مجلس قيادة الثورة العراقي، لها قوة القانون وفقاً للمادة ٤٢/أ من الدستور العراقي لسنة ١٩٧٠ النافذ.

[٣] الزمت ف١ م٢٩ من هذا القانون، المستملك بالتشاور مع وزارتي المالية والزراعة لتعويض المستملك منه في هذه الحالة.

هذا القانون بأنه: يتم تقدير قيمة العقارين او العقارات او الحقوق العينية الاصلية المطلوب استملاكها والمعدة للتعويض بها من هيئة التقدير بتاريخ الكشف والتقدير ويكمل الفرق بين القيمتين- ان وجد- بمعدل من النقود[1]، كما يجوز للمستملك منه تقسيط المبلغ المترتب بذمته عن الفرق بين القيمتين الى مالايزيد على خمسة اقساط سنوية وفي هذه الحالة تسجل معاملة المبادلة بدائرة التسجيل العقاري على ان يبقى العقار العوض به مثقلاً بحق امتياز لصالح المستملك لحين تسديد الاقساط كاملةً.

يتضح من ذلك بأن قانون الاستملاك فرق فيما اذا كان العقار المطلوب استملاكه ارضاً زراعية او بستاناً او عقار من غير الاراضي الزراعية او البساتين، على ان يعوض المستملك منه عقاراً من نفس العقار المطلوب استملاكه وضمن حدود الوحدة الادارية نفسها او بموافقة المستملك منه يعوض بعقار من النوع نفسه خارج الوحدة الادارية، على ان يكمل الفرق بين قيمة العقارات او الحقوق العينية الاصلية المطلوب استملاكها والمعدة للتعويض بها، بمعدل من النقود، ان وجد هناك فرق. ولم يغفل القانون من التساهل مع المستملك منه، وذلك بتقسيط المبلغ المترتب بذمته عن الفرق بين القيمتين وبالطريقة التي وردت في هذا القانون.

ب) قرارات مجلس قيادة الثورة الخاصة بالتعويض العيني:-

١- نص قرار مجلس قيادة الثورة رقم/ ٨١٧ بتاريخ ١٩٨١/٦/٢١م بأنه[2]، لايجوز تسجيل التصرفات العقارية على البساتين والاراضي الزراعية المملوكة ملكاً صرفاً للاشخاص الطبيعية والمعنوية الخاصة (باستثناء الجمعيات التعاونية لبناء المساكن) الواقعة ضمن المرحلة قيد التنفيذ من التصاميم الاساسية، اذا كانت التصاميم

---

[1] فصل هذا القانون احكام التعويض النقدي واسس تقديره في المواد (٣١-٣٦) منه.

[2] القرار منشور في جريدة الوقائع العراقية بالعدد/ ٢٨٣٩ في ١٩٨١/٧/١٣م.

المذكورة تقرر لها استعمالات غير زراعية، وتملك الى الدولة وتسجل باسم امانة العاصمة او البلديات ذات العلاقة (تبعاً لموقعها) ويتم التعويض عنها عيناً من اراضي الاصلاح الزراعي خارج حدود امانة العاصمة او البلديات. وان تعذر ذلك او عدم رغبة صاحبها في التعويض العيني يصار الى التعويض النقدي الذي يقدر بحسب اسس التقدير والتعويض المنصوص عليها في قانون الاستملاك رقم ١٢ لسنة ١٩٨١م من لجنة تشكل بأمر وزير الزراعة...

٢- اما قرار مجلس قيادة الثورة رقم/٩٠ بتاريخ ١٩٩٦/٨/٢١م فأنه[١]، حدد في المادة الاولى: أسس التعويض العيني عن العقارات المستملكة او المطفأ حق التصرف بها من اراضي الاصلاح الزراعي الشاغرة، بأن يكون التعويض العيني بذات مساحة الارض الزراعية او البستان المستملكة او المطفأ حق التصرف فيها اذا كانت مساحة الارض المعوض بها من ارض الاصلاح الزراعي تساويها قيمة. وبما لايزيد على الحد الاعلى المقرر قانوناً للملكية الزراعية اذا كانت الارض المعوض بها من اراضي الاصلاح الزراعي اقل قيمة من مساحة الارض او البستان المستملكة او المطفأ حق التصرف فيها على ان يسدد الفرق بين القيمتين من الجهة المستفيدة نقداً.

وقضت المادة الثانية من هذا القرار، بتعويض الشركاء في العقارات المشمولة بهذا القرار بمساحة تساوي مساحة سهامهم في الارض المستملكة او المطفأ حق التصرف فيها.

كما قررت المادة الثالثة منه بأنه، في حالة تعذر التعويض العيني على وفق احكام هذا القرار، اوعدم رغبة مالك الارض او البستان او صاحب حق التصرف في التعويض العيني، يصار الى التعويض النقدي المقدر من لجنة مختصة على وفق الاسعار السائدة وقت الكشف. الا انه على وفق المادة الرابعة من هذا القرار، لايجوز

---

[١] القرار منشور في جريدة الوقائع العراقية بالعدد/ ٣٦٣٣ في ١٩٩٦/٩/٢م.

التعويض عيناً من اراضي الاصلاح الزراعي الموزعة او المتعاقد عليها في حالة إلغاء التوزيع او عقد الايجار لأي سبب كان.

٣- وقد الغى قرار مجلس قيادة الثورة رقم/١٠٣ بتاريخ ١٩٩٧/٨/١١م[١]، قرارات التعويض العيني الصادرة عن لجان الاستملاك والتقدير والتعويض المشكلة على وفق احكام قرار مجلس قيادة الثورة المرقم/ ٢٢٢ في ١٩٧٧/٢/٢٦م في مديرية زراعة محافظات بغداد وديالى وواسط للسنوات (١٩٩٢ و١٩٩٣ و١٩٩٤ و١٩٩٥) وتعاد الاراضي المعوض بها عيناً بموجب تلك القرارات الى الدولة اذا كانت مسجلة بأسماء المستملك منهم او الاشخاص الذين حلو محلهم عن طريق حوالة الحق. وقضت المادة الثانية من هذا القرار، بإعادة الاراضي المستملكة الى المستملك منه اذا كانت الجهة المستملكة لم تحدث عليها منشآت تلحق بها ضرراً واضحاً، اما اذا ظهر ان الارض المستملكة لايمكن اعادتها الى المستملك منه لاي سبب كان فيتم تعويضه عنها عيناً على وفق احكام قرار مجلس قيادة الثورة المرقم/٩٠ في ١٩٩٦/٨/٢١، بعد اعادة تقدير القيمة الحقيقية للارض المستملكة وقت الاستملاك والارض المراد التعويض بها عيناً. ويضاف الى القيمة المقدرة للارض المستملكة الفائدة السنوية المقررة في المصارف العراقية للمدة من تاريخ الاستملاك الى تاريخ التعويض. كما قضت المادة الثالثة من القرار بأنه، اذا ظهر ان الارض المعوض بها عيناً قد انتقلت ملكيتها من المستملك منه او من حل محله عن طريق حوالة الحق الى شخص حسن النية فيتم التعويض العيني المنصوص عليه في الفقرة (٢) من المادة الثانية من هذا القرار له، وتسحب منه المساحة الزائدة من الارض المعوض بها عيناً، وله الرجوع على من تلقى الارض منه بما يدعيه من حقوق عليه.

---

[١] القرار منشور في جريدة الوقائع العراقية بالعدد/ ٣٦٨٣ في ١٩٩٧/٨/١٨م.

ويلاحظ اخيراً، ان هذه النصوص الخاصة: جاءت بمبدأ مفاده ان تقضي لصاحب الارض التي انتزعت ملكيتها للنفع العام بأرض مشابهة من حيث الموقع والمساحة، ومن جهة اخرى اطلق المشرع العراقي على هذا المبدأ تسمية "التعويض العيني". بيد ان ذلك لايتفق مع الفكرة الراجحة للتعويض العيني اذ ان هذه النصوص لاتعني اعادة الحال الى ماكانت عليه[1]، كما انها لاتعني ازالة الضرر اذ ان نزع ملكية ارض شخص ما وأن كانت للنفع العام، الا انه قد يولد لديه ضرراً معنوياً، على الرغم من تعويضه بأرض مماثلة او اعطائه فرق البدل ان وجد. اذ لايمكن غالباً ازالة هذا الضرر الذي مس ارتباطه الفطري بالارض التي قد يكون ورثها عن سلفه ولها هوية تاريخية لايمكن التفريط بها مهما كان الثمن. لذلك فأن الطريقة الوحيدة في هذا الصدد والتي يجدر بنا تسميتها بالتعويض العيني هي فقط، حالة اعادة الارض نفسها الى المستملك منه.

الفصل الثاني
نطاق التعويض العيني

يستلزم بحث نطاق التعويض العيني ان نقسم الموضوع على مبحثين: نتناول في الاول؛ نطاق التعويض العيني بالنسبة للاوضاع القانونية المشابهة. وفي المبحث الثاني؛ نطاق التعويض العيني بوصفه اثراً للمسؤولية.

المبحث الاول

---

[1] يذهب الرأي السائد في الفقه الى اعتبار تعويض ارض بأرض مماثلة تعويضاً غير نقدي. انظر: الدكتور سعدون العامري، مصدر سابق، ص١٥١.

نطاق التعويض العيني بالنسبة للاوضاع القانونية المشابهة

نطرح في هذا المبحث بعض الاوضاع القانونية التي قد تلتبس بفكرة التعويض العيني، اذ سنقوم بتأصيل التعويض العيني بالنسبة لنظامين متجاورين:- التنفيذ العيني والتعويض بمقابل- وينقسم التعويض بمقابل على تعويض غير نقدي وتعويض نقدي-، لأن غموض اية سمة من سماته تزج به اما في نطاق التنفيذ العيني واما في نطاق التعويض بمقابل، وهذا هو موضوع المطلبين الاتيين:-

المطلب الاول
نطاق التعويض العيني بالنسبة للتنفيذ العيني

إختلف الفقهاء في التنفيذ العيني وذهبوا في ذلك مذاهب شتى. اذ خلط البعض بين التعويض العيني والتنفيذ العيني، في حين خرج الاخرون من هذا الخلط[1]. وهذا ما سنتناوله تباعاً:

الفرع الاول
الخلط بين التعويض العيني والتنفيذ العيني

يخلط بعض الفقهاء بين التعويض العيني والتنفيذ العيني من جهتين: (الاولى)، هي ان مصطلح التنفيذ العيني يرادف التعويض العيني، وان ليس في احد الاصطلاحين الا

[1] يقول الدكتور محمود جمال الدين زكي في ذلك ((ان مبدأ التمييز بين هاتين الفكرتين يكتنفه الغموض، مما جعله يمثل مجالاً واسعاً في الفقه))، مشكلات المسؤولية المدنية، المصدر نفسه، ص٦٠.

تعبيراً عن الاخر[١]. و (الثانية) من حيث نطاق التنفيذ العيني والتعويض العيني على نحو استعمال احدهما مكان الاخر، فقد ذهب رأي الى توسيع نطاق التعويض العيني، الى حد بعيد، على حساب التنفيذ العيني. اذ يعطي اصحاب هذا الرأي لفكرة التعويض العيني مدلولاً واسعاً يستغرق التنفيذ العيني للالتزام جبراً على المدين، تأسيساً على ان دعوى التنفيذ، اذ تؤدي الى ازالة الضرر الذي يترتب على الاخلال بالالتزام، تهدف الى اعادة الحال الى ماكانت عليه قبل وقوعه، ومن ثم الى التعويض العيني لنتائج الاخلال به[٢]. بمعنى ان الالتزام بالتعويض ينشأ بمجرد امتناع المدين عن تنفيذ التزامه، او بإساءة تنفيذه، يقتصر التنفيذ العيني للالتزام على وفاء المدين اختياراً به[٣].

وقد انتقد الرأي المتقدم من جهة: ان عدم التنفيذ لاينهي الالتزام، بل على العكس، انه يحرك الالتزام ويطلق القوة الاجبارية للالتزام. واذ كان الضغط العام يكتفي بتبديل ارادة المدين، فإنه يوجد تنفيذ بسيط للالتزام، أي التنفيذ العيني وليس التعويض العيني[٤].

في حين ذهب رأي اخر الى مد دائرة التنفيذ العيني، الى حدٍ بعيد، على حساب التعويض العيني قائلاً، بأنه يوجد طريقتان يدخلهما الجمهور في نطاق التعويض العيني

---

(١) حسين عامر، المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية، المصدر نفسه ف٥٥٢ ص٥٢٩. د. عبد الحميد الشواربي وعز الدين الديناصوري، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، القاهرة، ١٩٨٨م، ص١٠٣٦. كما وانظر الخلط الذي وقع فيه، د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل، مصدر سابق، ص١٢٢. كما ان الاستاذ السنهوري، كان يطلق على التعويض العيني تعبير التنفيذ العيني من دون تمييز بينهما، (الوسيط، ج١، ف٦٤٣ ص٦٦٩. وكذلك السنهوري، احكام الالتزام، القاهرة، ١٩٣٨، ف٤٤٧ ص٤٤٢). ثم يعود الاستاذ السنهوري الى عكس ذلك، انظر الفرع الثاني من المطلب الاول من المبحث الاول من الفصل الثاني من الباب الاول من هذه الرسالة. وانظر في الفقه الفرنسي رسالة "مارسيل" التنفيذ العيني للالتزامات القيام بعمل والامتناع عن عمل:-

Marcille: De l'execution en nature des obigations de fair ou de ne pas faire, these Rennes, 1931, P.58.

(٢) Mazeaud (H et L), OP, cit, t3, n° 2302.

(٣) Mazeaud (H et L), OP. cit, t1, n° 100.

(٤) Aktham El-Kholy, these precitee, n°33, P.32.

وهما: التنفيذ بمقابل "وهو التعويض النقدي"[1] والتنفيذ العيني المشتق او المتفرع[2]. وذلك اما باصلاح المدين الشيء الذي أعطبه بخطئه او بترك الدائن الشيء الذي اتلفه المدين مقابل التعويض عنه. الى جانب وجود التنفيذ القهري للالتزام بمعاونة السلطة العامة، مثل تسليم العين المؤجرة الى المستأجر جبراً على المؤجر[3]. اذ ان التنفيذ بمقابل والتنفيذ العيني المشتق ليست تنفيذاً عينياً، وإنما طرق خاصة لتعويض الضرر الذي ترتب على عدم التنفيذ العيني. إذ يحصل الدائن بالتنفيذ العيني على ماكان يحصل عليه، تماماً، لو كان المدين قد قام، اختياراً، بوفاء التزامه، في حين يتغير وضع الدائن في التعويض العيني، عما يكون عليه في حالة وفاء المدين اختياراً به[4].

ويلاحظ ان غموض التمييز بين التنفيذ والتعويض ينتشر في الفقه العراقي[5]، وذلك، لان المشرع العراقي، كان قد رسخ ذلك باستعماله المصطلحات التقليدية ويظهر هذا في طريقته بتقسيم مواضيع القانون المدني[1].

---

(١) التنفيذ بمقابل-وهو التعويض العيني- بما يصفه الاستاذ دراجو "Dragur" بالتنفيذ العيني الذي به يحصل الدائن على عين حقه بطرق اخرى غير قهر المدين على تنفيذ التزامه جبراً. كتنفيذ الالتزام على نفقة المدين الذي اشارت اليه المادة (١١٤٣ مدني فرنسي) والتي تقابلها المواد (٢٥٠ مدني عراقي) و (٢٩٠ مدني مصري)، وازالة ما اجراه المدين مخالفة لالتزامه المادة (٢٥٢ مدني عراقي) والتي تقابلها المادة (٢١٢ مدني مصري). انظر الاشارة الى هذا الرأي عند د. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، المصدر نفسه، ص٦١ هـ٧٢.

(٢) ويطلق عليه بالفرنسية "Execution ne nature derivce".

(٣) Dragur: L'execution en nature des contrats, these, Paris-1939, P.34 et 41.

(٤) Dragur, these precitee, P.41 et 69 et 103.

(٥) انظر رأي د. عبد المجيد الحكيم ورأي الاستاذ عبد الباقي البكري، المشار اليهما في ص٢٤ من هذه الرسالة. ومن ثم عدول الاستاذ السنهوري عن هذا الرأي، في ج٢، من الوسيط، المشار اليه في ص٧٣ من هذه الرسالة وكذلك انظر في الفقه المصري رأي الاستاذ السنهوري، في ج١ ، من الوسيط ، المشار اليه في الصفحة السابقة من هذه الرسالة. ويعد هذا العدول تطوراً في الفقه العربي، مال اليه الكثير من الفقهاء العرب، انظر: د. سعدون العامري، مصدر سابق، ص١٤٩ ، هـ١٠، د. حسن الذنون، المبسوط، المصدر نفسه، ص٢٧٨.

فإننا نجد ان الباب الاول (المواد ٧٣-٢٤٥) للكتاب الاول للقسم الاول من القانون المدني العراقي مخصصة لمصادر الالتزام. وان الباب الثاني من الكتاب نفسه مخصصة لاثار الالتزام (المواد ٢٤٦-٢٨٤). وان هذا الاخير يحتوي فصلين: الاول للتنفيذ الجبري (المواد ٢٤٦-٢٥٩)، والثاني لوسائل ضمان حقوق الدائنين (المواد ٢٦٠-٢٨٤). اذ ينقسم الفصل الاول- أي التنفيذ الجبري- على ثلاثة فروع هي: التنفيذ العيني (المواد ٢٤٦-٢٥٢)، والتنفيذ بطريق الغرامات التهديدية (المواد ٢٥٣-٢٥٤)، والفرع الثالث والاخير تحت عنوان التنفيذ بطريق التعويض (المواد ٢٥٥-٢٥٩).

ومما يؤاخذ على التقسيم اعلاه مايأتي:-

اولا: يكون التنفيذ من الدائن وعلى نفقات المدين بعد استئذان المحكمة، وفي حالة الاستعجال، ينفذ الدائن الالتزام من دون استئذان المحكمة[٢]. وهذا الوصف او التسمية بالتنفيذ[٣]، يمكن ان نطلقها على الحالة نفسها عند ازالة المخالفة[١]، اذا ماقام المدين بمخالفة التزامه بالامتناع عن عمل[٢].

---

[١]) وذلك لأن القانون المدني العراقي، معارض لنظرية ازدواج او وحدة المسؤولية المدنية، اذ انه يعالج امور الالتزامات بصورة عامة، اذ ان الفرع الاول من الفصل الاول من الباب الثاي عنوانه "التنفيذ العيني" يكون تقريباً بصورة كاملة مخصص للالتزامات العقدية. وتقضي النصوص في الفرع الثاني والثالث من الفصل نفسه بـ (التنفيذ بطريق الغرامات التهديدية) و (التنفيذ بطريق التعويض). وذلك لاجل وضع التحفظات في اتساع التطبيق لهذا او لآخر من انظمة المسؤولية. وتحت المادة (٢٥٥) من القانون المدني العراقي تكون ازدواجية الانظمة ظاهرة بالرغم من وحدة العنوان. وانظر مثلاً المادة (٢٥١) الخاصة باتفاقات عدم المسؤولية والمادة (٢٥٧) الخاصة بالاعذار. ((وكذلك الحال بالنسبة للقانون المدني المصري، انظر مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج٢، ص٥٤٧. وانظر كذلك مواد القانون المدني المصري المقابلة لمواد القانون المدني العراقي المذكورة اعلاه)).

[٢] انظر في القانون المدني العراقي المواد (٢/٢٤٨ و٢٥٠) الالتزام بعمل. والمادة (٢/٧٥٠)، تنفيذ الترميمات بوساطة المستأجر على نفقة المؤجر. والمادة (٨٦٩)، تنفيذ البناء على نفقات المقاول. والمادة (١٣٣٨)، صيانة المرهون من الدائن المرتهن على نفقات المدين المرتهن. وكذلك انظر مواد القانون المدني المصري المقابلة على التوالي:- (٢٠٥ و٢٠٩ و٥٦٨ و٥٧٧ و ٦٥٠ و١١٠١).

[٣] انظر في هذا المعنى، مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج٢، ص٥٢٧.

ثانيا: ان اطلاق مصطلح التنفيذ بطريق التعويض على المواد (٢٥٥-٢٥٩) من القانون المدني العراقي، ادى الى تداخل المصطلحين (التنفيذ والتعويض). وكان من الاجدر بالمشرع العراقي ان يهجر هذا المصطلح التقليدي[٣] وذلك للاسباب الاتية:-

١- ان اطلاق هذا المصطلح امرٌ يتعارض مع ظاهر نصوص المواد (٢٥٥-٢٥٩) من القانون المدني العراقي. اذ تناولت هذه المواد دراسة الاعذار على انها شرط من شروط التعويض (المواد ٢٥٦ و٢٥٧)، وكذلك حالات الاعفاء من الاعذار (المادة ٢٥٨) واتفاق تشديد او استبعاد المسؤولية العقدية (المادة ٢٥٩). ومن ذلك يتضح ان ماالحتواه هذا الفرع من نصوص مبعثرة لاتختص بالتعويض مباشرةً.

٢- ينتهي التنفيذ عندما يبدأ الاخلال، ويبدأ التعويض. وذلك لان التنفيذ يكون قبل الاخلال بالالتزام اذ يكون التنفيذ عن طريق عدم الاخلال به. وان التعويض يبدأ من لحظة وقوع الاخلال بالالتزام.

٣- مما تجدر الاشارة اليه، اننا نتوقع ان نجد تنفيذ عيني في الحكم بالالتزام بالتعويض المترتب عن العمل غير المشروع[٤]. وذلك لان المشرع العراقي نص على حالة اعفاء الدائن من توجيه الاعذار للمدين المخطيء ينبهه فيه الى انه متأخر عن

---

(١) المادة (٢٥٢) مدني عراقي. وتقابلها المواد (٢١٢ مدني مصري) و(٢١٣ مدني سوري) و (٣/٢٥٠ موجبات لبناني) و (٢١٥ مدني ليبي) و (٢١٠ مدني كويتي) و (١٩٥ مدني سوداني). وانظر مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المصري، ج٢، ص٥٠٨ و٥٣٥.

(٢) انظر مناقشتنا للمواد (١١٤٥ و١١٤٣)، من القانون المدني الفرنسي، ص٧٨ من هذه الرسالة.

(٣) نهج المشرع العراقي في ذلك على منوال المشرع المصري المواد (٢١٥-٢١٧) من القانون المدني المصري. ويذهب فريق من الفقه في تسمية ذلك بالتعويض بمقابل. أنظر: عز الدين الديناصوري ود. عبد الحميد الشورابي، مصدر سابق، ص١٠٥٩، وانظر في الفقه الفرنسي رأي "دراجو" المشار اليه سابقاً في ص٦٩ من هذه الرسالة.

(٤) نصت المادة (٢٥٨) من القانون المدني العراقي على انه ((لاضرورة لاعذار المدين في الحالات الاتية:- أ- ..... ب- اذا كان محل الالتزام تعويضاً ترتب على عمل غير مشروع). انظر المعنى نفسه:- مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج٢، ص٤٩٦ و٥٦٠.

خاص بموقع المنشاوي للدراسات والبحوث www.minshawi.com

التعويض المترتب على العمل غير المشروع، نص على هذه الحالة ضمن الفصل الخاص بالتنفيذ العيني. وكان الاجدر بالمشرع ان يلحق نص الفقرة (ب) من المادة (٢٥٨) بالاحكام المشتركة للاعمال غير المشروعة المواد (٢٠٤-٢١٧) من القانون المدني العراقي.

وبدورنا نقترح على المشرع العراقي ان يُخصص فصلاً خاصاً للتعويض وشروطه وتقديره، مراعياً في ذلك احكام كلا المسؤوليتين العقدية والتقصيرية. لا ان يترك النصوص الخاصة بالتعويض مبعثرة بين مصادر الالتزام تارةً وبين احكام الالتزام تارةً اخرى.

الفرع الثاني

استقلال التعويض العيني عن التنفيذ العيني

لما كان التعويض العيني نظاماً متميزاً عن التنفيذ العيني فقد وصفت الاستاذة روجودي بوبيه "M.E. Roujou de Boubee"، الخلاف بين انصار فكرتي التعويض العيني والتنفيذ العيني، بأنه تلاعب بالالفاظ "Une simpls querelle de mots" ، لاتفاق الفريقين في فيصل التفرقة بينهما، وان اختلفت عباراتهما في التعبير عنه. إذ ان التنفيذ العيني يمحو او يزيل الضرر الذي ينجم عن الاخلال بالالتزام بحيث يؤدي الى اعادة الدائن الى الوضع الذي كان عليه، على حين ان التعويض العيني لايرفع ذلك الضرر، فيبقى الاخلال بالالتزام قائماً ويقدم للدائن بديل عنه[1]، يكون كافياً مثل تقديم شيء مماثل لما التزم المدين برده. او شافياً، كإصلاح الشيء الذي اعطبه المدين بخطئه. فيعدّ تعويضاً عينياً الزام المدين برد مثل المنقول الذي ضاع او تلف باهماله، او

---

[1] انظر في المعنى نفسه:- Mazeaud (H et L), OP, cit, t3, n 2303 et 2304.

بإعادة بناء الجدار الذي انهدم بخطئه، لأن الدائن، في هذه الحالة او تلك، لايحصل على عين حقه، وانما على بديل عنه، ولو كان يفضله، الا انه لايعد وان يكون بديلاً[١].

وتساوقاً مع هذا الرأي يرى البعض، ان التنفيذ العيني يوفر للدائن عيناً محل حقه، حين لايوفر له التعويض العيني سوى بديل عنه ولو كان مشابهاً تماماً له[٢].

ونجد في رأي آخر، ان الفرق بين التنفيذ العيني والتعويض العيني، هو ان الاول قبل وقوع الاخلال بالالتزام فيكون هناك تنفيذ عيني للالتزام عن طريق عدم الاخلال به، والثاني بعد وقوع الاخلال بالالتزام، فازالة المخالفة تكون هي التعويض العيني[٣].

ويلاحظ البعض، ان هناك فرقاً بين التنفيذ العيني وهو قيام المدين بتنفيذ عين مالتزم به والتعويض العيني وهو اعادة المتضرر الى الحالة التي كان عليها قبل وقوع الضرر، وذلك بمحو الضرر وازالته اذا كان ذلك ممكناً، لان التنفيذ العيني هو الطريق الطبيعي لتنفيذ الالتزام خاصة اذا كان هذا الالتزام عقدياً. اما التعويض العيني فهو جزاء لتحقق المسؤولية وطريق استثنائي من طرق تعويض الضرر ويغلب الحكم به في المسؤولية التقصيرية لان التنفيذ العيني بالنسبة للالتزامات القانونية هو مجرد عدم الاضرار بالغير[٤].

ويرى بعض انصار هذا الرأي ايضاً، بأن التنفيذ العيني يكون قبل وقوع الاخلال بالالتزام، في حين ان التعويض العيني يتم بعد وقوع هذا الاخلال. وذلك لان التعويض جزاء الاخلال وهو لايتصور الا بعد وقوع هذا الاخلال وتحقق المسؤولية[٥].

---

[١] الاستاذة روجودي بوبيه، دراسة لفكرة التعويض، رسالة بالفرنسية، تولوز، ١٩٧٣، ص١٤٣و٢٠٧-٢٠٨. اشار اليها د. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، المصدر نفسه ص٦١.

[٢] د. محمود جمال الدين زكي، مصدر سابق، ص٦١ و٦٢. د. طلبه وهبه خطاب، احكام الالتزام بين الشريعة الاسلامية والقانون- دراسة مقارنة، ط١، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٣، ص٦٦.

[٣] الاستاذ السنهوري، الوسيط، ج٢، ف٤٤٠ ص٧٩٨.

[٤] د. سعدون العامري، مصدر سابق، ص١٤٩ هـ١٠.

[٥] د. حسن علي الذنون، المبسوط، ج١، المصدر نفسه، ف٣٩٩ ص٢٧٨.

ويضيف اخرون القول بأن، السبب في الخلط بين التنفيذ العيني والتعويض العيني، يرجع الى عدم التمييز بين التعويض باعتباره وسيلة احتياطية يلجأ اليها المتضرر في حالة تأخر المسؤول عن الوفاء بالتزامه، او عند استحالة التنفيذ العيني باعتباره الاصل[1].

واذا كنا نؤيد مثل هذه المحاولة في التفرقة بين التعويض العيني والتنفيذ العيني، الا إننا لانؤيد ما آلت اليه. اذ من الواضح ان هذه الاراء تميل الى اعتبار التعويض العيني استثناءً من التنفيذ العيني تارة، وتارةً اخرى اعتباره جزاء الاخلال بالالتزام من دون التفريق بين اذا كان هذا الالتزام قياماً بعمل او امتناعاً عن عمل.

ويقيناً ان الاثر المترتب على الاخلال بالالتزام هو اجبار المدين على تنفيذ التزامه. فاذا كان هذا الالتزام بعمل فأن انتهاك هذا الالتزام الايجابي يتمثل بعدم تنفيذ العمل، اما انتهاك الالتزام السلبي "الامتناع عن عمل" فانه يتمثل بتنفيذ العمل الذي تعهد المدين بالامتناع عنه.

ويُثار التساؤل عن طبيعة هذا الاثر أتنفيذ عيني هو ام تعويض عيني؟

تختلف الاجابة عن هذا السؤال، تبعاً لما اذا كان الالتزام بعمل او بالامتناع عن عمل، وكما يأتي:-

١- في حالة الاخلال بالالتزام بعمل:-

تقضي القاعدة العامة التي جاء بها القانون المدني، بأن يستوفي الدائن محل دينه عيناً من المدين، فإن لم ينفذ هذا الاخير ما إلتزم به، اجبر على ذلك وفقاً لقواعد التنفيذ

[1] د. مقدم السعيد، مصدر سابق، ص٢٢٥.

العيني الجبري[١] وهذا ماتصرح به الفقرة الاولى من المادة (٢٤٦) من القانون المدني العراقي بالنص على: "يجبر المدين على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً متى كان ذلك ممكناً"*.

وتعطي فكرة استحالة التنفيذ مكاناً للمسؤولية[٢]. وذلك لأنه اذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه بنفسه على الرغم من ان هذا التنفيذ ممكن، فنحن نكون في نطاق الالتزام وليس في نطاق المسؤولية. والذي يعنينا من عدم التنفيذ هو عدم استحالة التنفيذ، أي فيما اذا كانت عناصر الالتزام بعمل باقية نفسها، فإن الحكم بتنفيذ الالتزام بعمل يجبر المدين على التنفيذ. أي يغير ارادة المدين، لاجل اثارة وتحريك الالتزام[٣]. وفي هذا الصدد نكون امام حالتين:-

الحالة الاولى:- ان تكون شخصية المدين محل اعتبار:-

ففي هذه الحالة، إذا صرح المدين برفضه للتنفيذ، فإن هذا التصريح البسيط ينهي مدة التنفيذ. واذا عاد المدين وغير رأيه وباشر بالتنفيذ فللدائن أن يطلب من القاضي الحكم بالتعويض عن تأخر المدين في تنفيذ التزامه، وهذا ماقضت به المادة (١٦٨) من القانون المدني العراقي[٤]. واذا رفض المدين في النهاية القيام بتنفيذ التزامه بعمل، فللدائن أن يطلب الفسخ القضائي للعقد، وفقاً لاحكام الفقرة الاولى من المادة (١٧٧) من

---

[١] زهير المارتيني، الوجيز في نظرية الالتزام، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، ١٩٦٦-١٩٦٧، ص٣٥٦.

* تقابلها المواد (٢٠٣/١ مدني مصري) و (٢٠٤ مدني سوري) و (٢٠١ مدني كويتي) و (٢٠١ موجبات لبناني).

[٢] الى جانب الاستحالة المادية "المطلقة" (خسارة او ضياع الشيء) يوجد استحالة قانونية، واستحالة اخلاقية (مثل الالتجاء الى العنف غير المحتمل). انظر في هذا المعنى:- الاستاذ السنهوري، مصادر الحق في الفقه الاسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، المجلد الاول، ج٣، محل العقد، دار الفكر العربي للطباعة والنشر والتوزيع، ١٩٥٣-١٩٥٤، ص١١ و١٢.

[٣] وذلك لان التنفيذ ممكناً.

[٤] تقابلها المواد (٢١٥ مدني مصري) و (٢١٦ مدني سوري) و (٢٥٤-٢٥٦ موجبات لبناني) و (١٦٢ مدني كويتي).

القانون المدني العراقي[1]. مثل الاتفاق مع رسام او مغن، او طبيب. ففي هـذه الحالـة لايجوز التنفيذ القهري لأن فيه مساساً بحرية المدين، وانما ينقلب التنفيذ الـى تعـويض نقدي. بعبارة اخرى نكون امام استحالة التنفيذ.

الحالة الثانية: ان لاتكون شخصية المدين محل اعتبار:-

وفي هذه الحالة، اذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه تنفيذاً اختياريـاً جـاز للـدائن ان يستأذن المحكمة في تكليف شخص اخر بالقيام بهذا العمل على نفقة المدين وفي حالـة الاستعجال من دون استئذان المحكمة. سواء أ كان محل الالتزام عمل، -وفقـاً للمـادة (٢٥٠) من القانون المدني العراقي والتي تنص على ان: (١- في الالتزام بعمل إذا لـم يقم المدين بتنفيذ التزامه ولم يكن ضرورةً ان ينفذه بنفسه جاز للدائن ان يـستأذن مـن المحكمة في تنفيذ الالتزام على نفقة المدين اذا كان هذا التنفيذ ممكناً. ٢- ويجـوز فـي حالة الاستعجال ان ينفذ الدائن الالتزام على نفقة المدين بلا اذن من المحكمـة.)[2]-، او كان محل الالتزام نقل حق عيني (على شيء لم يعين إلا بنوعه)، وحصل الدائن، وفقـاً للفقرة الثانية من المادة (٢٤٨) من القانون المدني العراقي (على شيء من النوع ذاتـه) على نفقة المدين، بعد إستئذان القاضي، او في حالة الاستعجال، من دون استئذانه[3].

لقد اختلف الفقه في تفسير هذه الحالة وتباينت الاراء والافكار، فقد ذهب رأي الـى عدم اعتبار التنفيذ على نفقة المدين في هذه الحالة تنفيذاً عينياً، وإنما مساوياً وبـصورة تطبيقية للحكم بالتعويض العيني. استناداً الى كون المدين، الذي يمتنع عن تنفيذ التزامه، غير ملتزم الا بدفع مبلغ نقدي، يمثل قيمة العمل الذي نفذه الدائن، او الشيء الذي حصل

---

(١) تقابلها المواد (١٥٧ مدني مصري) و (١١٨٤ مدني فرنسي).

(٢) تقابلها المواد (٢٠٩ مدني مصري) و (٢١٠ مدني سوري) و (٢٠٧ مدني كويتي).

(٣) المادة ١/٢٤٨ مدني عراقي. تقابلها المواد (٢٠٥/ مصري) و (٢٠٦ سوري) و (٢٥٠ موجبات لبناني).

عليه، على نفقته، للقول بتغير محل الالتزام، تغيراً يؤدي الى انقضائه، وحلول التعويض العيني محله[١].

ويذهب الرأي الراجح الى عدم التسليم بهذا الرأي، وذلك لأن قوام الالتزام يتمثل فيما يحصل عليه الدائن اكثر من ظهوره فيما يقدمه المدين، ومادام الدائن قد حصل على عين حقه، كان ما أدى اليه، أياً كانت طريقته، تنفيذاً عينياً لالتزام المدين، لا تعويضاً عن عدم تنفيذه[٢]. ويسلم الجمهور، في الفقه الفرنسي[٣]، بهذا التكييف، على الرغم من عدم صراحة المادة (١١٤٤ مدني فرنسي) التي تقرر تلك الحلول عنده، وتنص هذه المادة على انه (في حالة عدم التنفيذ وكان التنفيذ ممكناً، ينفذ الالتزام على حساب المدين)[٤]. وهذا هو الرأي الراجح.

٢- في حالة الاخلال بالالتزام بالامتناع عن عمل:-

تنص المادة (١٦٩) من القانون المدني العراقي في فقرتها الثانية على انه "ويكون التعويض عن كل التزام ينشأ عن العقد سواء أ كان التزاماً بنقل ملكية او منفعة أم أي

---

[١] د. حسن علي الذنون، مصدر سابق، ف٤٠١ ص٢٨٠. ورأي بلانيول والاستاذين "هنري وليون" مازو، المشار اليه في المطلب الثاني من المبحث الاول من الفصل الاول من الباب الاول من هذه الرسالة. ورأي لارومبيير، المشار اليه في مؤلف د. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، ص٦٢ هـ٨٢. وكذلك رأي: Aktham El-Kholy, these Precitee, n38.

[٢] د. محمود جمال الدين زكي، مصدر سابق، ص٦٢. د. حلمت بهجت بدوي، اصول الالتزامات، ج١، في نظرية العقد، القاهرة، ١٩٤٢، ف٢٩٣. وانظر في الفقه الفرنسي رأي فيني "Vigny" ورأي م.أ. روجودي بوبيه. مشار اليهم في مؤلف د. محمود جمال الدين زكي، مصدر سابق، ص٦٣ هـ٨٣و ٨٤. الاستاذ عبد الباقي البكري، مصدر سابق، ص٥٨ هـ١.

[٣] انظر/ رأي: لوران، ربيرو بلانجية، جودميه، فيني، ستارك، كاتلا، دراجو. مشار اليهم في د. محمود جمال الدين زكي، مصدر سابق، ص٦٢ هـ٨١.

[٤] Art (1144):- "Le creancier peut aussi, en cas d'inexecution, etre autorise a faire executer lui-meme l'obligation aux depens du debiteur".

حق عيني اخر او التزاماً بعمل او بامتناع عن عمل،...". ونستنتج من ذلك: بأنه ينشأ الالتزام بالتعويض من كل مخالفة لالتزام سلبي "بالامتناع عن عمل". وبعبارة اخرى، بمجرد إتيان العمل الممنوع.

بيد أنه، من غير الممكن ان يكون هذا الالتزام بالتعويض، دائماً مبلغاً من النقود. واذا كان هكذا في حالة استحالة التنفيذ العيني؛ وذلك لأنه لايمكن الرجوع في العمل الممنوع، كما في مثل إفشاء الطبيب او المحامي سر المهنة[1]، وكما لو كان الامتناع المفروض على المدين مطلوباً عن تلك المدة التي أخل فيها بالتزامه. وإنه لايحكم بالتعويض النقدي اذا امكن الرجوع في العمل الممنوع، بمعنى ان يكون ممكناً بالنسبة للمستقبل، بأن يعود المدين الى احترام التزامه فيزيل ماوقع مخالفاً للالتزام اختياراً، او بمنعه من الاستمرار في الاخلال به بإزالة المخالفة جبراً[2]. في الحالات التي ينشيء فيها الاخلال بالالتزام (حالة مستمرة)[3].

ويمكن للدائن ان يدعي ان مخالفة الالتزام السلبي بإتيان العمل الممنوع، يكون مخالفاً للمادة (٢٥٢) من القانون المدني العراقي والتي تنص على انه (اذا كان التزام المدين بالامتناع عن عمل واخل بهذا الالتزام جاز للدائن ان يطلب ازالة ماوقع مخالفاً للالتزام مع التعويض اذا كان له محل)[4]. اذ تجيز هذه المادة، للدائن ان يطلب ازالة ماحدث مخالفة للالتزام، استثناءً من قاعدة التعويض النقدي.

وقد أعدّ هذا التطبيق منسجماً مع ماورد في نصوص القانون المدني الفرنسي، فالمادة (١١٤٥ مدني فرنسي) تنص على ذلك بمادة تعاقدية، بأنه (كل مخالفة لالتزام

---

[1] الاستاذ السنهوري، الوسيط، ج٢، ف٤٤٠ ص٧٩٧.

[2] المصدر السابق، ف٤٤٠، ص٧٩٧ هـ١.

[3] د. حسن علي الذنون، النظرية العامة للالتزامات، مصادر وأحكام الالتزام، بغداد، ١٩٧٦، ص٣٤٥.

[4] تقابلها المواد (٢١٢/ الشطر الاول، من القانون المدني المصري) و (٢١٣ سوري) و (٢١٠ كويتي) و (٣/٢٥٠ موجبات لبناني).

بالامتناع عن عمل توجب التعويض، وهو ليس مثل التزام القيام بعمل)[1]. وتنص المادة (١١٤٣ مدني فرنسي) على ان (للدائن ان يطلب ازالة ما احدث مخالفة للالتزام، استثناء من قاعدة التعويض النقدي)[2].

ويجيز القانون المدني المصري في الشطر الثاني من المادة (٢١٢) ان، (للدائن ان يطلب من القضاء ترخيصاً في ان يقوم بهذه الازالة على نفقة المدين). ونرى توسيع حكم المادة (٢٥٢) من القانون المدني العراقي[3]. لجعلها مماثلة لحكم المادة (٢١٢) من القانون المدني المصري، ولتشمل ايضاً حالة طلب الدائن من المحكمة ترخيصاً في ان يقوم بإزالة المخالفة على نفقة المدين على الرغم من انه؛ ليس في المباديء العامة للقانون المدني العراقي مايمنع هذا الطلب[4].

وبذلك تتجلى اهمية تحديد ما يطلب الدائن، أتنفيذ عيني هو ام تعويض عيني؟ بعبارة اخرى يطرح التساؤل عن طبيعة إزالة المخالفة في ظل هذه النصوص. لذلك ذهب جمهور الفقه، الى القول بأنه، في الالتزام بالامتناع عن عمل، اذا قام المدين بالعمل الممنوع فطالب الدائن بإزالة المخالفة التي وقعت، كانت الإزالة تنفيذاً عينياً للالتزام بالنسبة للمستقبل، فهي ليست تعويضاً عينياً، إذ ان الدائن في هذه الحالة لن يحصل بالنسبة للمستقبل على مقابل لما التزم به المدين، بل على عين ما التزم به بمنع العمل الذي التزم المدين بالامتناع عنه[5].

---

[1] Art (1145):- "Si l'obligation est de ne pas faire, celui qui y contrevient doit des dommages et interets par le seut fait de la contravention".

[2] Art (1143):- "Nenmois le creancier le droit de demander que ce qui aurait ete fait par contravention a l'engagement, soit detruit, et il peut se faire autoriser a le detruire aux depens du debiteur, sans prejudice des dommages et interets s'il y a lieu".

[3] انظر مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني العراقي، اعداد ضياء شيت خطاب. (واخرون)، ج٢، مطبعة الزمان، بغداد، ٢٠٠٠، ص٧٥.

[4] عبد الباقي البكري، مصدر سابق، ص٥٩. د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج٢، ص٧٩٦ هـ٢.

[5] الاستاذ السنهوري، مباديء الالتزام، القاهرة، ١٩٣٤، ص٤٣٠. د. حلمت بهجت بدوي، اصول الالتزامات، المصدر نفسه، ص٢٩٣. د. جلال علي العدوي، احكام الالتزام، دراسة مقارنة في القانونين

ويؤيد ذلك في القانون المدني العراقي ان المشرع قد اورد المادة (٢٥٢) في الفصل المخصص للتنفيذ العيني. وكذلك فأن المشرع المصري قد نص على المادة (٢١٢)- سالفة الذكر- في الفصل المخصص للتنفيذ العيني[١].

في حين اعدّ رأيٌ ثانٍ إن، ازالة المخالفة، تعويض عيني عن الاخلال بالالتزام، تأسيساً على ان تنفيذ الالتزام السلبي يكمن في مجرد الامتناع، لا في ازالة المخالفة[٢].

وبدورنا نرجح الرأي الثاني، على اعتبار ان مجرد الاخلال بالالتزام السلبي يؤدي الى استحالة التنفيذ العيني، لأن تنفيذ الالتزام السلبي يكمن في الامتناع عن العمل. هذا من جانب. ومن جانب ثاني، فإن هذا الرأي يستقيم مع فكرة التعويض العيني، فلا يوجد حائل يحول من دون اعتبار ازالة المخالفة تعويضاً عينياً ولاسيما ان هذه المسألة تؤدي الى ازالة مصدر الضرر. ومن جانب اخر، ان التعويض في هذه الحالة يبدأ من لحظة الاخلال بالالتزام السلبي.

المصري واللبناني، الدار الجامعية، ١٩٨٦، ص١٣٠و١٣٦. د. عبد المنعم البدراوي، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، ج٢، احكام الالتزام، مطبعة مدني، القاهرة، بدون سنة طبع، ص٦٦ هـ١. د. اسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزامات، احكام الالتزام، المطبعة العالمية، القاهرة، ١٩٥٦، ص١٤١. د. محمود جمال الدين زكي، مصدر سابق، ص٦٤. وانظر في المعنى نفسها مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج٢، ص٥٣٥. الاستاذ عبد الباقي البكري، مصدر سابق، ص٥٨. وانظر رأي جمهور الفقه الفرنسي، المشار اليه في مؤلف د. محمود جمال الدين زكي، مصدر سابق، ص٦٤ هـ٨٩.

(١) د. اسماعيل غانم، مصدر سابق، ص١٤١.

(٢) الاستاذ السنهوري، الوسيط، ج٢، مصدر سابق، ف٤٤٠ ص٧٩٨. حسين عامر، مصدر سابق، ص٥٢٩. د. حسن علي الذنون، المبسوط ، المصدر نفسه، ف٤٠١ ص٢٨٠. د. سعدون العامري،= =مصدر سابق، ص١٤٩ هـ١٠. وانظر رأي Aktham El. Kholy, these precitee, n 36, P.35.

والقياس على ماتقدم، يفيد ان نضع معياراً لتمييز التنفيذ العيني الاختياري والجبري عن التعويض العيني في الافتراضين المتقدمين: الاخلال بالالتزام الايجابي والاخلال بالالتزام السلبي. وذلك على وفق المعايير الاتية:-

١- نكون امام تنفيذ عيني اختياري في حالتين: الاولى، حالة تنفيذ المدين لالتزامه الايجابي طوعاً واختياراً. والثاني، حالة امتناع المدين عن الاضرار بالدائن في الالتزام السلبي- لأن التنفيذ العيني في الالتزامات القانونية هو عدم الاضرار بالاخرين[١].

٢- نكون امام تنفيذ عيني جبري في حالة إمتناع المدين عن تنفيذ التزامه الايجابي. مع عدم استحالة التنفيذ، بعبارة اخرى إن تكون عناصر الالتزام بعمل باقية نفسها[٢]. وعند امتناع المدين عن تنفيذ الحكم بالتنفيذ الجبري فإنه يمكن للدائن ان يستأذن المحكمة في تكليف شخص اخر بالقيام بهذا العمل على نفقة المدين، بل ان له في حالة الاستعجال ان يعهد الى شخص اخر بتنفيذ هذا الالتزام من دون استئذان المحكمة (م٢٠٥ مدني عراقي). وتعدُّ هذه الحالة- الزام المدين بدفع النفقات- تنفيذاً عينياً جبرياً، وذلك لأن الدائن قد حصل على عين محل حقه اياً كانت طريقة الاداء، هذا من جانب، ومن جانب آخر، ان ماهية الالتزام تتمثل بما يحصل عليه الدائن اكثر من ظهورها فيما يقدمه المدين.

٣- نكون امام تعويض عيني، في حالة ازالة المخالفة الناتجة عن الاخلال بالالتزام السلبي، بشرط ان ينشيء الاخلال بالالتزام حالة مستمرة[٣]. وذلك لسببين:- اولاً، يبدأ التعويض من لحظة الاخلال بالالتزام. ثانيا، في ازالة المخالفة لن يحصل المدين على

---

(١) د. سعدون العامري- مصدر سابق، ص١٤٩ هـ١٠.

(٢) في حالة استحالة التنفيذ نكون امام تعويض نقدي.

(٣) اما في حالة استحالة ازالة المخالفة فاننا نكون امام تعويض نقدي. كأن يقوم الممثل بالتمثيل على المسرح الذي تعهد بعدم التمثيل عليه، او عمد التاجر الى المنافسة غير المشروعة او افشى المحامي اسرار عملائه او افشى العامل اسرار رب العمل الصناعية والتجارية. ففي هذه الحالات لايمكن إزالة الضرر بمعنى عدم امكان اعادة الحال الى ماكانت عليه.

عين حقه لان المخالفة وقعت ومسه ضرر من ذلك. بمعنى انتهاك حرمة الحق. لذلك لابد من اعادة الحال الى ماكانت عليه قبل وقوع الضرر. (كأن يلتزم المدين بعدم بناء جدار يحجب منظر الشارع او النهر عن الدائن، ثم يقوم ببناء الجدار، فللدائن ان يلجأ للمحكمة طالباً الحكم بإزالة الجدار (م٢٥٢ مدني عراقي). وكذلك اخلال العامل بتعهده بعدم المنافسة ولحق رب العمل ضرراً في مصالحه جراء الاعمال الصادرة عن العامل، يجوز لرب العمل ان يطالب بإزالة المخالفة (م٩١١ مدني عراقي).

وعليه فقد ثار الجدل في الفقه في تكييف حلول التعويض العيني محل التنفيذ عند عدم تنفيذ الالتزام الاصلي[1]، في الالتزام بالامتناع عن القيام بعمل؟ وكذلك الحال في عدم تنفيذ الالتزام في المسؤولية التقصيرية؟ لأن التنفيذ العيني للالتزامات القانونية هو مجرد عدم الاضرار بالغير.

اذ ذهب رأي للقول بأن التعويض يحل محل التنفيذ العيني مع بقاء الضمانات والتأمينات التي كانت تضمن الالتزام الاصلي، اذ لايعدّ التعويض التزاماً جديداً حل محل الالتزام القديم، وانما هو وسيلة لتنفيذ الالتزام الاصلي، لذلك تبقى الضمانات التي تكفل الالتزام الاصلي لتضمن هي الاخرى الوفاء بالتعويض[2].

بيد إن تنفيذ الالتزام ينتهي من لحظة وقوع الاخلال بالالتزام وعندها ينشيء التزام التعويض هذا من جانب، ومن جانب اخر ان المشرع حدد وسائل حمل المدين على التنفيذ العيني وخاصة في الحالات التي تتطلب تدخله الشخصي بإحدى وسيلتين هما:-

---

[1] اما حالة التأخر في تنفيذ الالتزام، فانها خارج نطاق بحثنا، لأن الحكم فيها يكون بالزام المدين بالتنفيذ مع التعويض النقدي.

[2] د. انور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، احكام الالتزام، دراسة مقارنة بين القانوني المصري واللبناني، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٧٢، ص٦٨. محمد شكري سرور، موجز النظرية العامة للالتزامات، ط١، القاهرة ١٩٨٥، ص٣٨. د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج٢، ص٧٦٣. د.عبد الودود يحيى، الموجز في النظرية العامة للالتزام، القسم الثاني، احكام الالتزام، القاهرة، ١٩٨٦، ص٣٣. د.عبد المنعم البدراوي، مصدر سابق، ص٥٠.

الغرامة التهديدية وفقاً للمواد (٢٥٣و٢٥٤) من القانون المدني العراقي، وحبس المدين الممتنع عن التنفيذ لحمله عليه وفقاً للمواد (٨٣-٩٦) من قانون التنفيذ العراقي.

في حين ذهب رأي ثانٍ، الى القول بأن التعويض ليس التزاماً بدلياً، لأن المدين لايملك الزام الدائن بقبوله مادام التنفيذ العيني ممكناً. في حين ان الالتزام البدلي: عبارة عن التزام ينصب على محل واحد ولكن ذمة المدين تبرأ باداء شيء اخر بدلاً منه، ويشترط ان يكون محل الالتزام محدد ابتداءً ويكون الخيار للمدين. وهو ليس التزاماً تخييرياً، وذلك لان لاخيار للدائن ولا للمدين في التعويض فللدائن ان يرفض التعويض اذا عرضه عليه المدين وللمدين ان يرفض التعويض ويقوم بتنفيذ التزامه. في حين ان المحل في الالتزام التخييري متعدد وتبرأ ذمة المدين بالوفاء بواحد منها وان الخيار قد يكون للدائن وقد يكون للمدين. وهو -اي التعويض العيني- ليس تجديداً للالتزام: لأن في التعويض لاينقضي الالتزام الاصلي ليحل محله التزام جديد يختلف عنه في أحد العناصر الجوهرية، في حين في التجديد الدائن يرضى ان يتنازل عن دينه مقابل دين جديد يحل محله. وإنه ليس وفاء بمقابل، لأن في الوفاء بمقابل يعتاض الدائن عن دينه بشيء اخر ويتطلب اتفاق الطرفين (الدائن والمدين)، في حين ان المدين يُلزم بالتعويض لجبر الضرر الذي لحق الدائن ولايتطلب موافقة المدين بالحكم الصادر. ويصرح اصحاب هذا الرأي بالقول حلول التعويض محل الالتزام الاصلي يعدّ من قبل الحلول العيني. لأن هذا الاخير مفاده ان يحل شيء او محل او مال محل شيء او محل او مال اخر، مضيفاً بأن أساسه هو الالتزام الاصلي لذلك فإن التأمينات التي كانت تضمن هذا الالتزام تظل ضامنه للوفاء بالتعويض ايضاً[١].

---

[١] د. عبد المجيد الحكيم، احكام الالتزام، المصدر نفسه، ف٤٤-٤٦ ص٢٥. عبد الباقي البكري، مصدر سابق، ص٨٢. د. حسن علي الذنون، النظرية العامة للالتزامات، المصدر نفسه، ص٣٤٩. سلام منعم مشعل العلي، الحلول العيني وتطبيقاته في القانون العراقي والمقارن، رسالة ماجستير، كلية صدام للحقوق، جامعة صدام، ١٩٩٩، ص٥٠.

بيد انه اذا كان هذا الرأي يستقيم مع فكرة الحلول العيني في حالة اذا كان المدين مُلزماً بأداء مال او شيء او محل معين وأخل بهذا الالتزام وحكم عليه بالتعويض. الا ان التعويض العيني لايُعد حلولاً عينياً في حالة اذا كان الالتزام المُلقى على عاتق المدين هو عدم القيام بعمل ويخل بهذا الالتزام ويُلزم بالتعويض، وذلك لأنه لم يوجد محل او شيء او مال استبدل بشيء او محل او مال آخر.

وبدورنا نعتقد، إن اساس التعويض العيني هو الالتزام الاصلي وانه يحل محل التنفيذ العيني بقوة القانون، مع بقاء الضمانات والتأمينات التي كانت تضمن الالتزام الاصلي. وهذا مانصت عليه المادة (٢٥٥) من القانون المدني العراقي بأنه ((ينفذ الالتزام بطريق التعويض في الاحوال وطبقاً للاحكام التي نص عليها القانون)) وكذلك في حالة الاخلال بالالتزام السلبي فإن طلب ازالة المخالفة يُعد تعويضاً أنشأه القانون في المادة (٢٥٢) سالفة الذكر– على اعتبار إن التنفيذ قد انتهى منذُ لحظة الاخلال بالالتزام السلبي. وكذلك مانصت عليه المادة ((١٦٨) مدني عراقي– من انه يحكم بالتعويض عند استحالة تنفيذ الالتزام العقدي عيناً)).

واخيراً، اننا يمكن ان نستعمل التمييز بين التنفيذ والتعويض لاجل تفسير عدد معين من الحلول المتعلقة بالقانون المدني العراقي. بعبارة اخرى لاعطاء التبرير الملائم لقرار القاضي وفقاً للقانون، في فرض التزام معين على المدين عند اخلاله بالالتزام القانوني سواء أكان التزام عقدي ام تقصيري.

المطلب الثاني

نطاق التعويض العيني بالنسبة للتعويض بمقابل

وهذه الطريقة (التعويض بمقابل) من التعويض تتمثل بإدخال قيمة في ذمة المتضرر تعادل القيمة التي فقدها[١]. والاصل في المقابل الذي يُراد به ازالة الضرر او اصلاحه ان يكون مبلغاً من النقود[٢]، ومع هذا فقد يكون التعويض احياناً غير نقدي، وهذا ما يذهب اليه الفقه والقضاء في فرنسا، وماتصرح به معظم نصوص قوانين البلاد العربية[٣]. أي ان التعويض بمقابل[٤]، اما يكون تعويضاً غير نقدي[٥] واما ان يكون تعويضاً نقدياً[٦]. وسنقوم بتأصيل التعويض العيني بالنسبة لهذين النوعين من التعويض في فرعين متتالين.

الفرع الاول

نطاق التعويض العيني بالنسبة للتعويض غير النقدي

يقصد بالتعويض غير النقدي هو ان تأمر المحكمة بأداء أمر معين على سبيل التعويض[٧]. وبعبارة اخرى في صورة إجراء اخر مناسب لازالة اثر الضرر غير الحكم بالنقود[١].

---

[١] د. عبد الحي حجازي- النظرية العامة للالتزام- ج٢- مصادر الالتزام، القاهرة، ١٩٥٤، ف١٤٠ ص٦٧.

[٢] المادة (٢/٢٠٩) من القانون المدني العراقي ((ويقدر التعويض بالنقد على انه...)). وانظر المواد العربية (المقابلة).

[٣] د. حسن علي الذنون، المبسوط، المصدر نفسه، ف٤٠٨ ص٢٨٣. تنص المادة (٢/٢٠٩) مدين عراقي على انه ((للمحكمة تبعاً للظروف وبناءً على طلب المتضرر ان... او ان تحكم بأداء امر معين او... وذلك على سبيل التعويض)). وانظر المواد العربية المقابلة (م١٧١ مدني مصري) و (١٧٢ مدني سوري).

[٤] التعويض بمقابل:- (reparation par equivalent) او (condamnation en equivalent).

[٥] التعويض غير النقدي:- (reparation non pecunuaire) او (equival non pecuniaire).

[٦] التعويض النقدي:- (reparation pecunuaire) او (dommage-interets). ويسميه مجمع اللغة العربية في القاهرة (التضمينات). د. حسن علي الذنون، المبسوط، المصدر نفسه، ف٤٠٩ ص٢٨٣.

[٧] د. سعدون العامري، مصدر سابق، ص١٥١.

ويثار التساؤل بهذا الصدد عن طبيعة هذا المقابل (اي المقابل غير النقدي)؟[٢]

للاجابة عن هذا السؤال هناك رأيان:- (الاول) يرى ان التعويض بمقابل غير النقدي لايكون سوى صنف من اصناف التعويض العيني، والذي يكون الهدف منه تأكيد المنفعة للمتضرر، مثل تسجيل الايرادات. وذلك لأن اجراءات التعويض بمقابل غير نقدي، تدور في مصدر الضرر نفسه مثل نشر القرارات او تبديل المادة التالفة. وان المقابل غير النقدي، عملياً، يمثل اكثر منفعة للمتضرر من ان يكون مجرد اجراء للتعويض العيني. مثلاً لتغيير شيء تالف فإنه يستوجب الكثير من الضمانات للمتضرر، اكثر من تعويضه الحقيقي من المسؤول[٣].

ولايوجد – طبقاً لهذا الرأي- سوى نوعين من التعويض: التعويض العيني والتعويض النقدي، ويكون التمييز بين التعويض العيني والتعويض غير النقدي مجرد من المنفعة العملية. وان مصطلح "التعويض العيني" يفرض منطقياً بأن موضوع الحكم بالتعويض يكون شيئاً ما عيني. مثال ذلك الحصص العينية فيما يخص التركات. أي المقصود دائماً شيء غير المال[٤].

ويأخذ موضوع الحكم الاهمية ثانية، عندما يكون محو الضرر مستحيلاً. ويصبح المعيار الوحيد لتمييز المقابل العيني والمقابل النقدي. اذ ان الحكم بأداء مبلغ من النقود يكون مؤهلاً للتعويض العيني، ومن جهة اخرى، نضع في نوع المقابل العيني،

---

[١] د. جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الاول، مصادر الالتزام، القاهرة، ١٩٨١م/ص٥٠٦.

[٢] اثار هذا التساؤل الاستاذ د. حسن علي الذنون، متفقاً مع فريق من الفقهاء بأن للقاضي الحكم بهذا النوع من التعويض، مع طرح امثلة من القضاء الفرنسي من دون الاجابة عن هذا السؤال. انظر المبسوط، المصدر نفسه، ف٤١١ ص٢٨٤.

[٣] Aktham EL-Kholy: these precitee, n 44 P. 42.

وانظر في المعنى نفسه بحث د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل، مصدر سابق، ص٧١و٧٢.

[٤] Aktham EL-Kholy: these precitee, n 45 P. 43.

وانظر في المعنى نفسه د. عبد المنعم البدراوي، مصدر سابق، ص٦٦.

اجراءات، والتي، (من دون محو الضرر ادبياً)، تستطيع ان تمثل منفعة كبيرة من ان تكون مجرد تعويض عيني[١].

واخيراً، تكون هذه الطريقة (التعويض غير النقدي) مطلوبة ايضاً لتبني فكرة التعويض. (المحو) الازالة[٢].

اما (الرأي الثاني): وهو الراجح فهو الذي يؤكد ان هذا النوع من التعويض (التعويض غير النقدي)، لا هو بالتعويض العيني ولاهو بالتعويض النقدي، ولكنه قد يكون انسب مااتقتضيه الظروف في بعض الصور[٣]. وقد يكون من مصلحة المتضرر ان يطالب بتعويض غير نقدي وذلك في فترات القحط والتموين اذ لايستطيع المتضرر بالمبلغ الذي يدفع له على انه تعويض ان يحصل على مثل الشيء الذي اصابه الضرر[٤].

ولكن من جهة اخرى، فأن للقضاء الحكم بالتعويض النقدي في الوقت نفسه عن الاضرار التي لايكفي التعويض غير النقدي لجبرها[٥]. ومن امثلة التعويض غير النقدي: انه يجوز للمحكمة ان تحكم لصاحب السيارة التي اصابها تلف كلي بخطأ الغير بسيارة مشابهة من حيث النوع والمتانة[٦]، او ان تقضي لصاحب الارض التي انتزعت

---

[١] Ibid. n 45.

[٢] Ibid. n 45.

[٣] انظر في هذا المعنى مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج٢، ص٣٩٧. د. سعدون العامري، مصدر سابق، ص١٥١.

[٤] د. سعدون العامري، مصدر سابق، ص١٥١. د. حسن علي الذنون، المبسوط، المصدر نفسه، ف٤١٠ ص٢٨٣. وانظر بنفس المعنى في الفقه الفرنسي:- Mazeaud (H et L) et Tunc, OP, cit, n 2317.

[٥] د. جميل الشرقاوي، مصدر سابق، ص٥٠٦.

[٦] د. سعدون العامري، مصدر سابق، ص١٥١. د. حسن علي الذنون، المبسوط، المصدر نفسه، ص٢٨٤. وانظر عكس ذلك في اعتبار الحكم باستبدال السيارة التالفة واحلال سيارة محلها من نفس النوع والطراز

ملكيتها للنفع العام بأرض مشابهة من حيث الموقع والمساحة[1]. وكذلك ان تقضي المحكمة بالزام صاحب الموقد بأن يجهز موقده بمدخنة على ارتفاع يصد ضرر الدخان عمن يجاوره من السكان، او ان تأمر صاحب المدخنة بتعليتها بصورة يزول معها الضرر الذي يلحق بالجار[2]. اما الحكم بإزالة هذه المدخنة فأنه يمحو الضرر عيناً ويُعد هذا الحكم تعويضاً عينياً[3].

بيد أنه اذا كان التعويض النقدي لايكفي لتعويض المتضرر تعويضاً كافياً مجزياً، فأن للقاضي الحكم بالتعويض غير النقدي. ومثال ذلك:-

أن يكون من لحقه الضرر قاصراً تحت الوصاية وليست المحكمة على يقيين من ان الوصي سوف يستعمل مبلغ التعويض- الذي سوف تقضي به للصغير المتضرر- فيما يعود على هذا الصغير بالفائدة والنفع، في هذه الحالة يستطيع القاضي ان يحكم للصغير بترتيب (حق الانتفاع) لمصلحته على ارض من اراضي المسؤول لمدة معينة من الزمن[4].

والقيمة المالية- تعويضاً عينياً، د. سليمان مرقس، الوافي، المصدر نفسه، ص٥٢٧. د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل، مصدر سابق، ص٧٢. وكذلك انظر،

Aktham El- Kholy, these, Precitee, n 133, P.177.

(١) د. سعدون العامري، مصدر سابق، ص١٥١. وانظر عكس ذلك في اعتبار هذه الطريقة تعويضاً عينياً، ماذهب اليه المشرع العراقي في قانون الاستملاك وقرارات مجلس قيادة الثورة. المشار اليها في نهاية المبحث الثاني من الفصل الاول من الباب الاول من هذه الرسالة.

(٢) د. سعدون العامري، مصدر سابق، ص١٥٢.

(٣) قرار محكمة الاستئناف المصرية الصادر في ٢٥/ حزيران/ ١٨٨٠م. اورده بإيجاز د. محمود سعد الدين شريف، شرح القانون المدني العراقي، نظرية الالتزام، ج١ في مصادر الالتزام، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٥٥م، ص٤٠٩.

(٤) قرار القضاء الفرنسي في ١٩٢٦/٣/١٩. اشار اليه د. حسن علي الذنون، المبسوط، المصدر نفسه، ص٢٨٦.

ومن خلال ماتقدم، وبناءً على الفكرة الراجحة للتعويض العيني[1]، فأن التعويض بمقابل غير النقدي، يشتمل على شيء اخر غير مبلغ من النقود- من دون الذهاب الى حد ازالة الضرر-[2]، مثل: الحكم بتسجيل الملكية الكاملة وفسخ العقد لتأخر المدين في تنفيذ التزاماته او لامتناعه عن التنفيذ[3].

ويلاحظ أنه اذا كان الامر متعلقاً باتلاف او سرقة اموال مثلية، فأن تعويض المتضرر بأشياء مثلية من النوع نفسه والمقدار يعدُ تعويضاً عينياً[4]، اما اذا تعلق الامر بأشياء قيمية فأن تعويضها بأشياء قيمية اخرى من النوع نفسه يعدُ تعويضاً بمقابل غير نقدي[5]. وعلى هذا الاساس قضت المحاكم الفرنسية، بالزام الوديع الذي تسبب في ضياع العين المودعة، وكانت عدداً من السندات الرسمية بأن يدفع الى المودع عدداً مماثلاً من السندات نفسها. وقضت بالزام وديع اخر تسبب في ضياع اطارات سيارة كانت قد اودعت لديه بأن يدفع للمودع اطارات من النوع نفسه والقياس. وقضت في قضية اخرى، بالزام من تسبب في اتلاف سيارة معينة بأن يدفع الى صاحبها- على سبيل التعويض- سيارة من النوع والانموذج والقوة نفسها. وقضت محكمة فرنسية ثالثة بالزام شخص بأن يدفع الى المتضرر كمية من المشمش تساوي الكمية التي حصدها من ارض هذا المتضرر من دون وجه حق[6].

---

(1) انظر مقدمة الباب الاول من هذه الرسالة.

(2) انظر في هذا المعنى:- Mazeaud (H et L), OP, cit, t3, n 2316.

Savatier: Traite de la responsabilite civil en droit Francais, t2, 2 ed, Paris, 1951, n 595. Aubry et Rau: obligations, t6, 1951, par Esmein, n 445, P.501.

(3) د. حسن علي الذنون، المبسوط، المصدر نفسه، ف٤١٣ ص٢٨٦.

(4) ويرى الاستاذ عبد الباقي البكري ((ان صورة رد المثل في المثليات، هي صورة التعويض غير النقدي الجدير بتمسيته تعويضاً عينياً)). احكام الالتزام، المصدر نفسه، ص١٣٦.

(5) د. سعدون العامري، مصدر سابق، ص١٥٢.

(6) قرارات القضاء الفرنسي اشار اليهما، د. حسن علي الذنون، المبسوط، المصدر نفسه، ف٤١١ ص٢٨٤.

خلاصة القول:- اذا كان تعريف التعويض العيني، في رأي الكثير من الكتاب[١]، لايكون سوى تعويض غير نقدي، بمعنى ان مادة التعويض شيء اخر غير دفع مبلغ من النقود، فأن القضاء من جهته، وبصورة عامة، لايقضي سوى عن التعويض بشيء اخر غير التعويض بمبلغ من النقود[٢]. أي بالترضية العينية، وقد تكون هذه الترضية العينية (تعويضاً عينياً او تعويضاً بمقابل غير نقدي).

الفرع الثاني

نطاق التعويض العيني بالنسبة للتعويض النقدي

يعرف التعويض النقدي[٣] بأنه مبلغ من النقود يقضي به على المسؤول سواء كنا في صدد مسؤولية عقدية ام مسؤولية تقصيرية[٤]. ويتعين على المحكمة، في الاحوال جميعها التي يتعذر فيها التعويض العيني ولاترى امامها سبيلاً الى تعويض غير النقدي، ان تحكم بتعويض نقدي[٥].

وقد سبق ان اشرنا الى رأي البعض ان التعويض لايكون الا مبلغاً من النقود[٦]، وكذلك أشرنا الى اننا لانأخذ بهذا الرأي ونذهب الى ان التعويض قد يكون شيئاً اخر غير النقود[١].

---

[١] Planiol, OP, cit, t3, n 895. Ripert et Boulanger, OP, cit, t2, n 1146.

[٢] انظر القرارات المشار اليها اعلاه. وكذلك القرارات التي اشار اليها. د. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، المصدر نفسه، ص٦٠ ومابعدها.

[٣] يذهب قسم من الكتاب الى تسمية التعويض النقدي بالتنفيذ بمقابل. انظر في ذلك المعنى. د. جلال علي العدوي، مصدر سابق، ص١٣٧. وفي الفقه الفرنسي انظر: Dragu, OP, cit, P.34, 41, 69, 103.

[٤] د. حسن علي الذنون، المبسوط المصدر نفسه، ف٤٠٩ ص٢٨٣.

[٥] د. سليمان مرقس، الوافي، المصدر نفسه، ف١٨٩ ص٥٢٨. د. سعدون العامري، مصدر سابق، ص١٥٣.

[٦] انظر المطلب الاول من المبحث الاول من الفصل الاول من الباب الاول من هذه الرسالة.

ويبدو انه لاتُثار اية صعوبة لتمييز التعويض العيني عن التعويض النقدي، وذلك بعد رسم الحدود الفاصلة بين التعويض العيني والتنفيذ العيني والتعويض غير النقدي.

ولكن يثور التساؤل مرة اخرى: هل يجب ان يكون محل الالتزام مجدداً (متبصراً envisage) من وجهة نظر المتضرر (La victime) او المسؤول (le resposable) ؟

يرى بعض الكتاب[٢]، ان الذي يميز التعويض العيني، انه انشاء للالتزام بعمل على نفقة المسؤول، لغرض عدم دفع مبلغ من النقود.

ويذهب الاستاذان هنري وليو مازو (H et L Mazeaud)، الى انه يجب الاخذ بمعيار التعويض (او الترضية la satisfaction) التي يحصل عليها المتضرر نهائياً. واذا مارجعنا الى المواد (١١٤٣ و١١٤٤) من القانون المدني الفرنسي[٣]، نجد انها تتحلل في التنفيذ العيني والتعويض العيني وليس التعويض النقدي، وذلك لأن الدائن يحصل على الترضية العينية (satisfaction en nature)، في حين المدين يدفع مبلغاً من النقود[٤].

ويرى دراجو (Dragu)[٥]، بأنه اذا كانت مصلحة الدائن، تحيط بمسألة التعويض. فأنه يوجد هناك حكم الزام عيني في كل مرة يحصل الدائن فيها على الترضية العينية. وانه في حالات كثيرة، يستوجب التعويض خلق "creation" التزام بعمل على نفقة المدين ولكن لايوجد معيار لذلك، هذا من جهة. ومن جهة اخرى، بالنسبة للنظام العام

---

(١) انظر المطلب الثاني من المبحث الاول من الفصل الاول من الباب الاول من هذه الرسالة.

(٢) Ripert et Boulanger, OP, cit, n 1146. Lucienne Ripert, OP, cit, n 19, 20, 24.
Planiol, Ripert et Esmein, Obligatisns, TV11, 1954, n 780.

(٣) المواد سالفة الذكر في ص ٧٧ و٧٨ من هذه الرسالة.

(٤) Mazeaud (H et L), T3, OP, cit, n 2309.

(٥) Dragu, OP, cit, P.72.

فإن الاخذ بطلب المتضرر يكون تعسفياً جداً. اذ لابد من مراعاة ظروف المسؤول وطبيعة الضرر كي لايزيد التعويض على مقدار الضرر الحاصل.

نستنتج من ذلك إنه: لابد من التفكير بالضرر نفسه الذي يسبب العمل بالمسؤولية. ونفترض انه اذا كان الضرر بلا قيد ولاشرط حل محله مبلغ من النقود. عندئذٍ نكون امام تعويض نقدي. اما اذا كنا نسعى الى مهاجمة مصدر الضرر، مثل: الحكم بإزالة مصدر الضرر، فعندئذٍ نكون امام تعويض عيني. وكذلك اذا كان المسؤول محكوماً بمبلغ من النقود مخصص لازالة الضرر. وفي كلا الوصفين يكون التعويض لازالة اصل الخسارة. وهذا اذا صح القول استبدال التعويض بتوقف الضرر الذي يميز التعويض العيني من التعويض النقدي[١]. وهذا الاخير لايعمل على مصدر الضرر ويترك للمتضرر التصرف الحر بالمبلغ الممنوح.

وان التعويض العيني، بالمقابل، يستوجب دائماً ازالة مصدر الضرر، فإما ينفذ العمل من المسؤول نفسه، او ينفذ من الدائن او شخص اخر، بمبلغ من النقود مخصص لهذا الغرض على نفقة المدين. ومثال ذلك:- اننا نكون وجهاً لوجه مع التعويض العيني، عند الحكم على المسؤول بالتعويض نفسه او تعويض المادة التي اخرها- التزام بعمل- او الحكم بنفقة التعويض المنفذ من المتضرر[٢].

---

[١] انظر مناقشة رأي الباحثة لوسيان ربير (Lucienne Ripert) ص٢٢ ومابعدها من هذه الرسالة.

[٢] يتكلم سافاتيه:- عن التعويض النقدي الميال الى دفع تعويض عيني. ويوجد هناك تعويض عيني بلا زيادة بمقتضى فكرة الازالة او استبدال التعويض النقدي غير الكافي بآخر. وان التعويض النقدي ليس سوى طريق غير مباشر لجبر الضرر. M. Savatier: T2, Op, cit, n 596.

واخيراً، ان التنفيذ على نفقة المدين وفقاً للمادة (١١٤٤ مدني فرنسي) والمادة (٢/٢٤٨ مدني عراقي)[1] يكون تنفيذاً عينياً، وليس تعويضاً نقدياً، وذلك لانه يؤدي الى حصول الدائن على عين ما التزم به المدين.

ويلاحظ، ان ازالة المخالفة (التعويض عن المخالفة) وفقاً للمادة (١٤٣ مدني فرنسي) والمادة (٢٥٢ مدني عراقي)[2]، تكون تعويضاً عينياً، مع انه قد يكون عمل الازالة هذا منفذاً من المتضرر على نفقة المسؤول. وذلك لانه يوجد هنا ايضاً هذا التخصيص في التعويض لاجل ترضية الدائن عيناً.

وعليه لابد من الاخذ بالاعتبار محل الالتزام بالتعويض من خلال فكرة الازالة او استبدال التعويض. واذا كانت الصفة التامة للتعويض العيني توجد في تعريفه على انه تعويض غير نقدي، فأن الفكرة المألوفة للتعويض- بإزالة الضرر- تستند في الواقع على هذه الصفة.ويكتفي التعويض النقدي، بنقل الضرر الى وحدات النقود. في حين يعمل التعويض العيني على الضرر نفسه، ويكون اكثر اكتمالاً بحسب طبيعة الضرر من التعويض النقدي. واذا كان الضرر مستمراً فأن التعويض العيني سيعمل على استنزاف مصدره من خلال الاتلاف او تأكيد لحالة قانونية. وبالعكس، اذا كان الضرر مفاجئاً، فأن التعويض غير النقدي غير قادر على الوصول الى مصدره، ويمكنه دائماً التصرف على مادته.

ومثال ذلك:- اذا اتلفنا شيء ما للاخرين، فأن التعويض غير النقدي يعمل بصورة مباشرة على مصدر الضرر، الاتلاف نفسه، وليس انعكاسه المالي، من خلال تعويض فعال باصلاح الشيء التالف او من خلال التعويض باحلال شيء اخر محله. وبذلك

[1] تقابلها المواد (٢٠٥ مصري) و (٢٠٦ سوري) و (٢٠٨ ليبي) و (٢٠٣ كويتي) و (١٨٨ سوداني) و (٢٥٠ موجبات لبناني). وانظر ص٧٧ من هذه الرسالة.

[2] تقابلها المواد (٢١٢ مصري) و (٢١٥ ليبي) و (٢١٣ سوري) و (٢١٠ كويتي) و (١٩٥ سوداني) و (٣/٢٥٠ موجبات لبناني) انظر ص٧٩ من هذه الرسالة.

يكون التعويض العيني الذي يعمل على مصدر الضرر، اكثر اكتمالاً لطبيعة الضرر من التعويض النقدي.

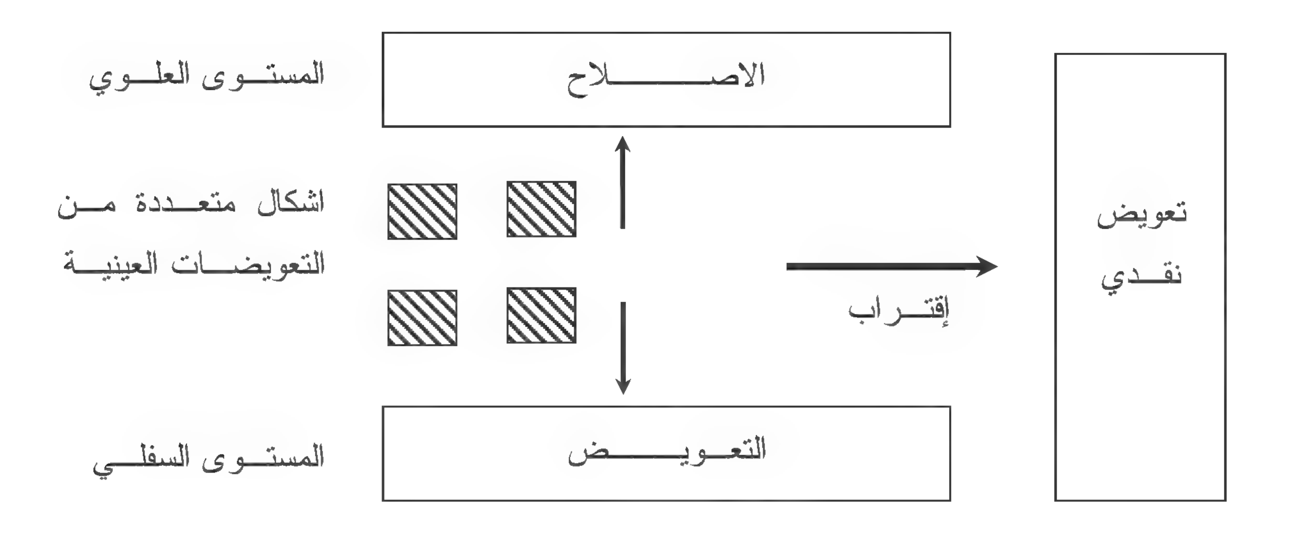
ويلاحظ، ان التعويض النقدي وان لم يكن هو الطريق الاكثر ملائمة لاعادة المتضرر الى الحالة التي كان عليها قبل حدوث الضرر، وبالتالي لايتحقق معه الجبر الكامل للضرر الذي اصاب المتضرر، الا انه الاكثر شيوعاً امام صعوبة اللجوء الى التعويض العيني والتعويض غير النقدي في الكثير من الحالات، باعتبار ان النقود يمكنها ان تحل محل كل شيء[1]. كما أن الاشكال المتعددة للتعويض العيني تتباين فيما بينها من وجهة النظر الخاصة بدرجة تأثير هذا العمل على الضرر. ويبقى الاصلاح دائماً الهدف المجرد لكل تعويض. وينبغي ان نقر بوجود سلسلة من التعويضات العينية مارة بفوارق محسوسة للاجراءات مقتربة من التعويض النقدي[2]، على المستوى السفلي للتعويض- الاصلاح على المستوى العلوي.

---

[1] هامل (Hamel) اشار اليه. د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل، مصدر سابق، ص٧٢. وانظر بنفس المعنى د. محمد كامل مرسي، الالتزامات، ج٢، المطبعة العالمية، القاهرة، ١٩٥٥، ص٢٠٧.

[2] نعني بالاقتراب من التعويض النقدي، حالة اصلاح الضرر على نفقة المسؤول. انظر ص٨٩ من هذه الرسالة.

كما في المخطط الاتـــــــــــــي:-



وان ارضاء المتضرر بتعويض كامل يكون التعويض المثالي الجيد لكل تعــويض، وان التعويض غير النقدي ينفذ هذه الوظيفة افضل مـــن التعــويض النقــدي[1]. الا ان الاشكال المختلفة التي تستطيع تغطية التعويض غير النقدي تتنوع فيما بينها نسبة الـــى درجة الترضية التي تستطيع ان تحققها للمتضرر.

لقد سبق تحديد معنى التعويض، وتمييز التعويض العيني من الانواع الاخرى مــن التعويض، وذلك بتحديد نطاقه بالنسبة للاوضاع المشابهة، ونعتقد الان بوجــود القــدرة على اعطاء تعريف، في مقدار الترضية الممكنة، للتعويض العيني، بالشكل الاتي:-

((ان التعويض العيني هو التعويض غير النقدي الذي يحكم به لمهاجمــة مــصدر الضرر او مادته مباشرةً، بمعنى ازالة مصدر الضرر وذلك بازالة المخالفة عيناً او منع

---

[1] د. حسن علي الذنون، المبسوط، المصدر نفسه، ف٤١٣ ص٢٨٥.

خاص بموقع المنشاوي للدراسات والبحوث www.minshawi.com

استمرار الضرر في المستقبل. ويكون اكثر تكاملاً لطبيعة الضرر من التعويض النقدي)).

المبحث الثاني

نطاق التعويض العيني بوصفه اثراً للمسؤولية

اذا كانت طريقة التعويض العيني هي الطريقة المثلى لجبر الضرر. فهل يعني ذلك بأن نطاق تطبيقها في المسؤوليتين العقدية والتقصيرية على حدٍ سـواء؟ ام ان تطبيقها قاصرٌ على احدهما من دون الاخرى ؟ للاجابة عن هذا السؤال. سنوزع هذا المبحث على مطلبين: نتناول في الاول التعويض العيني في نطاق المسؤولية العقدية، ونتناول في الطلب الثاني التعويض العيني في نطاق المسؤولية التقصيرية.

المطلب الاول

التعويض العيني في نطاق المسوؤلية العقدية

المسؤولية العقدية هي الجزاء الذي يرتبه القانون على اخلال المتعاقد بتنفيذ التزامه العقدي، وتُعدُّ أثراً للالتزام العقدي لا مصدراً. وتنشيء المسؤولية العقدية الالتزام بالتعويض بذمة المدين[1]. فهل التعويض العيني نوع من انواع هذا التعويض؟ هذا ما نجيب عنه في القانون الفرنسي، في فرع اول وفي الفرع الثاني سوف نتناول بيان هذا الموضوع في القانون العراقي[2].

[1] د. حسن علي الذنون، النظرية العامة للالتزامات، المصدر نفسه، ف٢٠٢، ص١٧٨.

[2] تجنباً للتكرار سوف نقتصر على دراسة القانون المدني العراقي، والاشارة الى التطابق اينما ورد.

الفرع الاول

التعويض العيني في نطاق المسؤولية العقدية في القانون الفرنسي

لقد كانت المادة (١١٤٢) من القانون المدني الفرنسي -سالفة الذكر-[١] محل عناية الفقه على الصعيد النظرية والقضاء في التطبيق العملي، عما اذا كانت هذه المادة تعارض الحكم بالتعويض العيني في نطاق المسؤولية العقدية، وذلك كالاتي:-

اولا: موقف الفقه:-

لقد اختلف الفقه في تفسير هذه المادة وتباينت الاراء والافكار، فذهب فريق الى ان التعويض في المسؤولية العقدية يكون حتماً مبلغاً نقدياً، وليس للقاضي ان يجعل موضوعه شيئاً اخر غير النقود. وتعدُّ تلك قاعدة تقليدية في القانون الفرنسي وذلك تطبيقاً للمادة (١١٤٢ مدني ف) [٢].

ويذهب الرأي الراجح، الى انه لايستبعد التعويض بغير النقود من نطاق المسؤولية العقدية. واجاز اصحاب هذا الرأي ان يكون التعويض امراً اخر، يراه القاضي اكثر ملائمة لطبيعة الضرر. وان نص المادة (١١٤٢) -سالفة الذكر- على الرغم من انها لاتستبعد التنفيذ العيني الجبري، فإنها لاتهدف سوى الى استبعاد اللجوء الى الاكراه الجسدي[٣].

---

[١] انظر ص٣٠ من هذه الرسالة.

[٢] Lucienne Ripert, OP, cit, n 13. Ripert et Boulanger, OP, cit, n 742. Josserand, OP, cit, n 605.

[٣] Planiol, Ripert et Esmein, OP, cit, n 822. Mazeaud (H et L), OP, cit, n 2308. Demogue, OP, cit, n 292.

وانظر انفاً ص٣٠ من هذه الرسالة.

خاص بموقع المنشاوي للدراسات والبحوث www.minshawi.com

ثانيا: موقف القضاء

يلاحظ في هذا الموضوع ان القضاء الفرنسي كان يحكم بالتعويض النقدي عند عدم تنفيذ المدين لالتزامه العقدي وذلك تطبيقاً للمادة (١١٤٢ مدني فرنسي) . الا انه مالبث ان عدل موقفه فانتهج سبيلاً اخر يختلف عما سبق. وهذا مايتجلى في القضايا الاتية:-

عبر القضاء الفرنسي في البداية عن رفضه التعويض بغير النقود عند الاخلال بالالتزام العقدي. ففي قضية ذهبت محكمة الموضوع الى الحكم بتمديد عقد الايجار الى ان يتم تنفيذ الترميمات المفروضة على المستأجر والتي امتنع عن القيام بها. ولكن المستأجر طعن في الحكم على اساس ان حكم محكمة الموضوع بتمديد عقد الايجار ادى الى نشوء التزام جديد في ذمته (المستأجر)،وان ليس للمحكمة ان تنشأ هذا الالتزام، ويعدّ هذا الحكم خرقاً للمادة (١١٤٢) من القانون المدني الفرنسي والتي تلزم المدين بالتعويض عند عدم التنفيذ. وقد قبلت محكمة النقض الفرنسية طلب الطعن ونقضت القرار مسببة ذلك بأنه لايجوز الحكم سوى بالتعويض النقدي عند عدم تنفيذ المستأجر للالتزامه بالقيام بالترميمات المفروضة عليه، وذلك وفقاً لاحكام المادة (١١٤٢) من القانون المدني الفرنسي[١]. وقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية الى ابعد من ذلك، عندما ذكّر قضاة الموضوع بعدم وجود نص في القانون يجيز لهم الحكم على خصم في الدعوى، تعويضاً عن ضرر يُسأل عنه، بالقيام بعمل لايفرضه عليه العقد، او القانون، ولايريد القيام به[٢]. فلا يجوز للقاضي، اذا لحق المنقولات تلف في اثناء نقلها بالسكك الحديدية، ان يرفض عرضاً تقدم به امين النقل بدفع تعويض عنها، ويحكم عليه باجراء الاصلاحات اللازمة لها[٣].

---

[١] نقض فرنسي مشار اليه في:- Aktham El-Kholy, OP, cit, n76, P69.

[٢] نقض فرنسي مشار اليه في:- د. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، المصدر نفسه، ص٥٣. هـ٣١.

[٣] نقض فرنسي مشار اليه في:- د. محمود جمال الدين زكي، المصدر السابق، ص٥٣. هـ٣٣.

بيد ان القضاء الفرنسي هجر هذا الاتجاه في قرار له صدر في عام ١٩٢٤: "يجب ان ينقض القرار الذي حكم على احدى شركات النقل للقطار بالتعويض النقدي، من دون ان تأخذ محكمة الموضوع في نظر الاعتبار ماعرضته شركة النقل بأن تعمل بنفسها على اصلاح الاثاث المتضررة من خلال عملية النقل. مسببة قرارها هذا بأنه في هذا الموضوع نجد غياب نص يحدد التعويض المعروض من الناقل، لذلك يكون القاضي حراً في اختيار طريقة التعويض الانسب لجبر الضرر الحاصل"[١].

وقد كان لهذا القرار صدىً في الفقه الذي وجد فيه المناسبة لتأكيد الاتجاه القائل بجواز التعويض العيني في نطاق المسؤولية العقدية. فذهب "اسمان" وتبعه "ايكوني"[٢]. الى ان نص المادة (١١٤٢) من القانون المدني الفرنسي، لايستبعد امكانية الحكم بالتعويض العيني من دون المساس بحرية المدين الشخصية.

وقد هجر القضاء الفرنسي القاعدة التقليدية، والتي يكون التعويض بمقتضاها نقدياً تطبيقاً للمادة (١١٤٢)- سالفة الذكر-، وذلك ابان الحرب العالمية الثانية. اذ اجازت محكمة النقض الفرنسية لقاضي الموضوع- اذا كان محل الالتزام، الذي استحال تنفيذه بخطأ المدين، تسليم شيء- ان يأمر المدين بتسليم شيء مثله، وان يعمد الى الغرامة التهديدية لحمله على تنفيذ امره. فقضت محكمة السين التجارية عام ١٩٤٧، على الوديع برد مثل الاشياء المودعة التي سرقت بخطأ منه[٣]. واستطاع القضاء الفرنسي بهذه الطريقة، رفع الغبن الذي يتعرض له الدائن نتيجة الحكم له بتعويض نقدي لايمكن قانوناً ان يزيد على السعر الرسمي، وذلك اذا كان محل الالتزام بالرد اشياء تخضع

---

(١) نقض فرنسي مشار اليه في:- Aktham El-Kholy, OP, cit, P.70, n 78.

(٢) تعليق اسمان وايكون، المشار اليه في د. حسن الخطيب، نطاق المسؤولية المدنية، المصدر النفسه، ص٢٤٨ و٢٤٩.

(٣) القرار مشار اليه:- د. محمود جمال الدين زكي، مصدر سابق، ص٥٣ هـ٣٦.

للتسعير الجبري[١]. وهكذا اظهرت ظروف الحرب العالمية الثانية، بما ترتب عليها من نقص في السلع وهبوط في قيمة النقود، عيوب القاعدة التقليدية وعجزها عن ان تــوفر للدائن تعويضاً كاملاً[٢].

ويلاحظ ان القضاء الفرنسي بعد قبوله بالتعويض العيني في المسؤولية العقدية. عاد فشدد في التمسك بشروط نظرية الاثراء من دون سبب، ليحــول مــن دون التعــويض العيني. وذلك حين نقض قرار محكمة الموضوع الذي الزم المستأجر باعادة بناء البيت المحروق من جراء خطائه. مسببة قرارها بأن التعويض العيني، بالحكم بالزام المستأجر باعادة بناء البيت المحروق، يعدُ سبباً غير قانوني لاثراء الدائن علــى حــساب افتقــار المدين[٣].

ويبدو لنا ان هذا التوجه، يستند على ضرورة التمييز بين التنفيذ العيني والتعويض العيني. ان المادة (١١٤٢ مدني فرنسي) وان كانت تهدف الى منع الاكراه الشخــصي لاجل التنفيذ، الا انها ليست ذات اهمية كبيرة بالنسبة للحكم بالتعويض العيني في الــزام المدين بجبر الضرر الحاصل. فالرأي[٤] ان تطبيق اجــراءات المــادة (١١٤٣ مــدني فرنسي) يتعارض مع المادة (١١٤٢) موضوع البحث، يكمن ذلك في عدم تنفيذ المدين للالتزام بعمل او بالامتناع عن عمل هذا من جانب، ومن جانب اخر ان للدائن الحق في

---

[١] Mazeaud (H et L), OP, cit, n 2403.

[٢] اذا لم يمتثل المدين لحكم القاضي بالتسليم عيناً، واصر على عدم التنفيذ على الرغم من الغرامة التهديدية التي سلطت عليه، يجوز للقاضي ان يحكم للدائن زيادة على الثمن الرسمي، بتعويض تكميلي عن الحرمان الذي يعانيه نتيجة عدم استطاعته الحصول على تلك الاشياء بالسعر الذي قضى له به، ويحصل الدائن بهذا التعويض التكميلي على الفرق بين قيمتها الرسمية في جداول التسعيرة وقيمتها الفعلية في الاسواق.
Mazeaud (H et L), OP, cit, n 2403.

[٣] نقض فرنسي مشار اليه:- Aktham El-Kholy, OP, cit, P69, n 76.

[٤] انظر انفاً ص٩٥ هـــ ٣ من هــذه الرسالة .

طلب ازالة هذه المخالفة وفقاً للمادة (١١٤٣)، ولقد بينا ان المادة (١١٤٣) تختص بالتعويض العيني في المسؤولية العقدية[١].

كذلك اخذ القضاء الفرنسي، بنص المادة (١١٤٢ مدني فرنسي). يقصر تطبيق القاعدة التقليدية على الالتزام بعمل او بامتناع عنه، اما اذا كان محل الالتزام الذي استحال تنفيذه بخطأ المدين تسليم شيء، يجوز للقاضي ان يأمر المدين بتسليم شيء مثله، وان يعمد الى التهديدات المالية لحمله على التنفيذ. وان المادة (١١٤٢) لاتعارض التعويض العيني الا ضمن الاجراءات، وهذا يعني ضمن الحدود اذ قد يؤدي التعويض العيني الى النيل من حرية المسؤول. وان اللجوء الى التعويض العيني ضمن نص المادة (١١٤٢)، لايكون سوى طريقة ملائمة تسمح باستبعاد عدد معين من الحلول. مثل: الحكم بالزام المدين بالترميم يكون عبارة عن التزام جديد بالنسبة للالتزام العقدي الاصلي. ويستطيع القاضي ان ينسب الى هذا الالتزام موضوع التعويض العيني، وكذلك الحال بالحكم بنفقات ازالة الضرر. ويمكن تبرير موقف القضاء هذا بأنه يستجيب للحاجات العملية.

الفرع الثاني

التعويض العيني في نطاق المسؤولية العقدية في القانون العراقي

تقرر القواعد العامة في القانون المدني العراقي انه يجوز للمدين في الالتزام العقدي في حالة استحالة التنفيذ فعلاً او حكماً ان يقتصر على دفع التعويض النقدي. اذ تنص الفقرة الثانية من المادة (٢٤٦) من القانون المدني العراقي على انه (اذا كان في التنفيذ العيني ارهاق للمدين جاز له ان يقتصر على دفع تعويض نقدي اذا كان ذلك لايلحق بالدائن ضرراً جسيماً)[٢].

---

[١] انظر انفاً ص٧٨ من هذه الرسالة.

[٢] تقابلها المادة (٢/٢٠٣) مدني مصري.

خاص بموقع المنشاوي للدراسات والبحوث www.minshawi.com

وأجيز للدائن بموجب المادة (٢٥٢) من القانون نفسه، في حالة كون محل الالتزام امتناعا عن عمل ان يطلب ازالة ماوقع مخالفاً له مع التعويض اذا كان له محل. وعلى الرغم من ورود هذه الازالة في القانون المدني العراقي بين احكام التنفيذ العيني، وتعدّ الازالة هذه تعويضاً عينياً للدائن[١]. بيد انه اذا كان نص المادة (٢٥٢) المذكورة، توحي باختصارها على الاعمال المادية، مخالفة للالتزام بالامتناع عن القيام به، مثل : اقامة جدار اخلالاً بالالتزام بالامتناع عن بنائه او فتح متجراً اخلالاً بالالتزام بعدم المنافسة[٢]، فليس فيها مايمنع تطبيقها بطريق القياس على التصرفات القانونية التي تبرم، اخلالاً بالالتزام بالامتناع عن ابرامها. وذلك لأن كل عقد يتضمن التزام كلا عاقديه بالامتناع عن ابرام تصرف يؤدي الى اعاقة تنفيذه. فالواعد بالبيع يلزم، في خلال مدة الوعد، بالامتناع عن بيع الشيء الذي وعد ببيعه. فاذا اخل بالتزامه، وتصرف فيه اضراراً بالموعود له. قبل انقضاء تلك المدة، كان الحكم بعدم نفاذ هذا التصرف "ازالة ماوقع مخالفاً للالتزام". فاذا ماقضى به كان عدم النفاذ تعويضاً عينياً للموعود له[٣]. اذ يعتبر التصرف الذي اجراه المدين (الواعد) مخالفا لالتزامه كأن لم يكن اصلاً ليصير الدائن (الموعود له) في ذات الوضع الذي يكون فيه لو لم يخل المدين بالتزامه.

وبدورنا نعتقد ان هذه الحالة تؤكد ان الاصل في المادة (٢٥٢ مدني عراقي). هو التعويض العيني، وذلك في الحالات التي ينشيء فيها الاخلال بالالتزام حالة مستمرة (بمعنى كونه ضرراً مستمراً).

واذا رجعنا لنصوص المواد (١٦٨و١٦٩) من القانون المدني العراقي، لوجدنا ان المادة (١٦٨) منه تنص على انه (اذا استحال على الملتزم بالعقد ان ينفذ الالتزام عيناً

---

[١] انظر انفاً ص٧٩ من هذه الرسالة.

[٢] د. حسن علي الذنون، مصادر الالتزام، المصدر نفسه، ص٣٤٥.

[٣] انظر عكس ذلك في اعتبار هذا الحكم تنفيذاً عينياً رأي: د. محمود جمال الدين زكي، مصدر سابق، ص٦٥.

حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه مالم يثبت استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب اجنبي لايد له فيه...)[1]. وتقضي المادة (١٦٩) منه على انه (١- اذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد او بنص القانون فالمحكمة هي التي تقدره. ٢- ويكون التعويض عن كل التزام ينشأ عن العقد...)[2]. فأن هذه النصوص تنشأ التزاماً جديداً في ذمة المدين بتعويض الدائن على اساس اخلال المدين بالتزامه العقدي. ويبدو ان ظاهر النصوص لايحدد نوع التعويض، اذ يترك للقاضي حرية كاملة في اختيار طريقة التعويض الاكثر ملائمة لظروف الدعوى، يمارسها من دون رقيب عليه[3]. حين ان سلطة القاضي في الحكم بالتعويض النقدي على الرغم من امكان التنفيذ العيني، محاطة بقيود دقيقة، يخضع في تقدير توافرها، رقابة محكمة التمييز[4].

ومما يلاحظ، انه قد يؤدي تنفيذ الالتزام الى تحديد مدة خاصة بالتعويض. وذلك عندما يكون كل طرف من اطراف الالتزام قد انجز التزامه، وكل يقبل العمل الذي قدمه الاخر، فإن التنفيذ يكون منجزاً. ومثال ذلك: انجاز البناء في عقد المقاولة، اذ يوجد هناك تسليم وتسلم للاعمال مع دفع باقي الثمن. وكذلك، تسلم المشتري للشيء المباع وقبوله اياه مع دفع باقي الثمن للبائع. وفي هذه الحالات، ينقضي الالتزام على اعتبار ان العقد قد انتج اثاره، وكل طرف يعتقد بتنفيذ التزام الطرف الاخر.

بيد انه، اذا كانت العلاقة العقدية في هذه الامثلة تنقضي. فان اكتشاف العيب الخفي فيما بعد يثير التزاماً جديداً بالضمان، مع انه يرتبط بالعقد الذي أنشأ الالتزام الاساسي

---

[1] تقابلها المواد (٢١٥ مدني مصري) و (٢١٦ سوري) و(١٦٢ كويتي) و (٢٥٤-٢٥٦ موجبات لبناني).

[2] تقابلها المواد (٢٢١ مدني مصري) و (٢٢٢ سوري) و(١٦٣ كويتي) و(١٣٤-٢٦١ موجبات لبناني).

[3] انظر: د. اسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزام، ج٢، القاهرة، ١٩٦٧، ف٤٦ ص١١٠-١١١.

[4] انظر: د. محمود جمال الدين زكي، مصدر سابق، ص٥٩.

للتنفيذ. وعندئذ يكون التزام الضمان عبارة عن التزام بالتعويض (الاصلاح). وهذا مايسمى بضمان الاستحقاق[1]، وفي الوقت نفسه لايختلف عن ضمان العيوب الخفية[2].

وبدورنا نعتقد ان الحكم بالزام المدين في هذه الحالة بالتعويض وذلك باصلاح العيب الموجود يكون عبارة عن تعويض عيني تطبيقاً للفقرة الثانية من المادة (٢٠٩) من القانون المدني العراقي، وذلك بالحكم باعادة الحال الى ماكانت عليه وذلك على سبيل التعويض[3].وعلى العكس من ذلك، اذا رفض احد الاطراف قبول العمل المقدم من الاخر، بحجة ان التنفيذ ناقص[4]، او وجود عيب[5]، ففي هذه الحالة نبقى ضمن نطاق التنفيذ العيني وليس نطاق التعويض.

ومن جانب اخر، تنص المادة (٨٧٠) من القانون المدني العراقي على انه (يضمن المهندس المعماري او المقاول مايحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلي او جزئي فيما شيدوه من مباني او اقاموه من منشآت ثابتة اخرى..)، ان الزام المهندس المعماري او المقاول باصلاح (تعويض) العيوب الموجودة في البناء في خلال المدة العقدية (لمدة عشر سنوات)، عبارة عن تعويض عيني تطبيقاً لاحكام الفقرة الثانية من المادة (٢٠٩) من القانون المدني العراقي- سالفة الذكر[6]. وذلك للاسباب الاتية:-

١- ان التزام الضمان وفقاً للمادة (٨٧٠) -سالفة الذكر- التزاماً مقرراً بنص القانون استقلالا عن ارادة ذوي الشأن (المقاول ورب العمل). ويكون اصلاح العيوب

---

(١) المواد (٥٤٩-٥٥٧، ٨٧٠) مدني عراقي.

(٢) المواد (٥٥٨-٥٧٠، ٨٧٥/٢) مدني عراقي.

(٣) وانظر بالمعنى نفسه:- Mazeaud (H et L), OP, cit, T1, n 96, note 2.

(٤) المادة (٢٧٣/٢) مدني عراقي.

(٥) المادة (٥٦٠/١) مدني عراقي.

(٦) د. محمد جابر الدوري، مسؤولية المقاول والمهندس في مقاولات البناء والمنشآت الثابتة بعد انجاز العمل وتسليمه، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير كلية القانون جامعة بغداد، ١٩٧٥، ص٢٩٠.

تعويضاً عينيا وفقا لاحكام المسؤولية التقصيرية. وكذلك الحال عند الحكم على المقاول او المهندس باعادة بناء البناء المتهدم.

٢- في اثناء مدة العقد وقبل تسليم البناء الى رب العمل فان الحكم بالاصلاح او ازالة الضرر او العيوب او اعادة بناء البناء المتهدم، يعد تنفيذاً عينياً وفقا لاحكام المادة (٢٤٦ مدني عراقي) وذلك لاننا مازلنا في نطاق تنفيذ العقد.

٣- بعد انتهاء مدة الضمان العشري المقررة قانوناً في المادة (٨٧٠) مدني عراقي، فان الحكم بالزام المقاول او المهندس بازالة العيب الخفي او اعادة البناء، يعد كذلك تعويضاً عينياً في نطاق المسؤولية التقصيرية.

وكذلك الحال في عقد الاعلان المحدد المدة، مثال ذلك:- يتعاقد صاحب مصنع مع شركة الاعلانات، للاعلان عن منتوجاته في خلال مدة شهر. فعند اخلال شركة الاعلانات بهذا العقد وامتناعها عن تقديم الاعلان فاننا نكون امام حالتين:-

١) في اثناء مدة العقد - الشهر- فان الزام المدين (شركة الاعلانات) بتقديم الاعلان الذي امتنعت عن تقديمه، يعد تنفيذاً عينيا. وفقا لما قررته القواعد العامة واحكام المادة (٢٤٦) مدني عراقي.

٢) بعد انتهاء مدة العقد -اي الشهر- فان الزام المدين (شركة الاعلانات) بتقديم الاعلان مع تمديد مدة العقد لمدة تساوي المدة التي في خلالها امتنع المدين عن تقديم الاعلان، فان ذلك يعد تعويضاً عينياً وفقا لاحكام المسؤولية العقدية وماقررته الفقرة الثانية من المادة (٢٠٩) مدني عراقي.

ويلاحظ انه لايمكن للمدين ان يتمسك باستحالة التنفيذ على اساس انتهاء مدة العقد. مادام يمكن جبر الضرر بتقديم الاعلان، اما التعويض النقدي ورد المبلغ المتفق عليه في العقد فانه لايشكل اهمية لما فقده الدائن عندما ضاعت عليه فرصة الاعلان عن

منتوجاته.وقد عبر المشرع الفرنسي عن ذلك صراحة في المادة (١١٤٣)-سالفة الذكر[١].

المطلب الثاني

التعويض العيني في نطاق المسؤولية التقصيرية

توجب المسؤولية التقصيرية الزام من احدث ضرراً غير مشروع بالغير بتعويض هذا الضرر[٢]. وتختلف المعالجة الفقهية لطريقة التعويض في المسؤولية التقصيرية في ظل القانون المدني الفرنسي والقانون المدني العراقي، وهذا مانعرضه بفرعين وكما يأتي:-

الفرع الاول

التعويض العيني في نطاق المسؤولية التقصيرية في القانون الفرنسي

تلزم المادة (١٣٨٢) من القانون المدني الفرنسي[٣] محدث الضرر بالتعويض، من دون تحديد اخر، ومع ذلك تباينت الاراء في الفقه الفرنسي في تطبيق هذه المادة.

وقد ذهب رأي في الفقه، الى ان التعويض في السمؤولية التقصيرية يكون حتماً مبلغاً نقدياً، استناداً الى كون النقود مقياس القيم ومن ثم كافية لجبر الاضرار المادية وشافية للاضرار الادبية[٤].

بيد ان هذا الرأي قد ظل منعزلاً في الفقه وغريباً عن القضاء وذلك للاسباب الاتية:-

---

(١) انظر انفا ص78 هـ٣ من هذه الرسالة.

(٢) د. حسن علي الذنون،النظرية العامة للألتزامات، المصدر نفسه، ص٢١٤.

(٣) انظر ص١٩ من هذه الرسالة.

(٤) Lucienne Ripert: OP, cit, n 12. Ripert (G) : OP, cit, P25, n5.

١- ان المادة (١٣٨٢) مدني فرنسي. تعطي للقاضي امكانية تفسير النص بصورة واسعة وفقا لتقويم الوقائع والحوادث[١]. وهذا ماتجهت اليه محكمة النقض الفرنسية بالقول (لقاضي الموضوع، في حدود طلب المدعي، سلطة تقديرية مطلقة في تحديد طريقة ومدى تعويض الضرر الناشيء عن الجنحة) [٢].

٢-ان المادة (١٣٨٢) من القانون المدني الفرنسي، لاتستبعد الحكم بالتعويض العيني[٣]. وهذا ماذهبت اليه محكمة النقض الفرنسية عندما قضت بأنه (اذا كان تعويض الضرر يقدر في الغالب بالنقود، فان نص المادة (١٣٨٢) لايمنع، مع ذلك اطلاقاً، اية طريقة اخرى للتعويض"[٤].

٣- اننا نجد في احكام القضاء الفرنسي ما يؤيد الحكم بالتعويض العينى في المسؤولية التقصيرية وذلك من خلال فكرة مفترضة للمادة (١١٤٢) من القانون المدني الفرنسي. اذ جاء في المنطوق الحكم بأنه، (يجب مقابلة التزام اعادة شيء معين بالالتزام بقيام بعمل. مثل الحكم بالزام الادارة باعادة سيارة كانت مملوكة بصورة غير مشروعة)[٥]، فان هذا الحكم على الرغم من انه استند الى المادة (١١٤٢) مدني فرنسي وفقا لمفهوم المادة (١٣٨٢) من القانون نفسه، الا انه يكون المقصود هو التزام الاعادة وليس التزام القيام بعمل. وذلك لان المادة (١١٤٢) مبنية على مصطلحات عامة (كل التزام بعمل او بالامتناع عن عمل) وبالتمسك بموضوع الالتزام، فانه يجب وبصورة منطقية التطبيق على كل التزام من هذا النوع واياً كان مصدر الالتزام. مع مراعاة هدف المادة (١١٤٢) الى استبعاد اللجوء الى الاكراه الشخصي[٦].

---

[١] Mazeaud, OP, cit, n 2317. Savatier, OP, cit, n 593.

[٢] نقض فرنسي مشار اليه في:- د. محمود جمال الدين زكي، مصدر سابق، ص٤٨ هـ٣.

[٣] Mazeaud (H et L), OP, cit, n2303.

[٤] نقض فرنسي مشار اليه في:- د. محمود جمال الدين زكي، مصدر سابق، ص٤٨ هـ٣.

[٥] نقض فرنسي مشار اليه:- Lucienne Ripert, OP, cit, n 14.

[٦] Planiol, Ripert et Esmein, OP, cit, n 780.

خاص بموقع المنشاوي للدراسات والبحوث www.minshawi.com

ويذهب الرأي الراجح، الى القول:- تكون المسائلة في المسؤولية التقصيرية اقل صعوبة من المسؤولية العقدية، وذلك لعدم وجود نص خاص بنوع التعويض. حيث للقاضي سلطة كاملة في اختيار طريقة التعويض الاكثر ملائمة لطبيعة الضرر، وذلك لان المادة (١٣٨٢) من القانون المدني الفرنسي، لم تحدد طريقة التعويض، هذا من جانب. ومن جانب اخر، ان قوام المسؤولية المدنية، تصحيح التوازن الذي أخل واهدر نتيجة وقوع الضرر واعادته الى ماكان عليه، وذلك باعادة المتضرر على حساب المسؤول الملتزم بالتعويض الى الحالة التي كان مفروضاً او متوقعاً ان يكون عليها لو لم يقع الفعل الضار[١].

الفرع الثاني

التعويض العيني في نطاق المسؤولية التقصيرية في القانون العراقي

تنص المادة (٢٠٤) من القانون المدني العراقي على انه (كل تعد يصيب الغير باي ضرر اخر غير ماذكر في المواد السابقة يستوجب التعويض)[٢]، ويتضح من هذا النص، انه جاء بمبدأ عام هو تعويض الضرر من دون ان يحدد طريقة التعويض[٣].

بيد ان المشرع العراقي عاد ليترك للمحكمة سلطة تحديد نوع التعويض تبعا للظروف وذلك في الفقرة الاولى من المادة (٢٠٩ مدني عراقي)، كما اجاز المشرع للمحكمة العدول عن التعويض النقدي- تبعاً للظروف وبناءً على طلب المتضرر- الى

---

[١] Mazeaud (H et L), OP, cit, n 2303. Demuge, OP, cit, n 489. Planiol, OP, cit, n 895.

[٢] تقابلها المواد (١٦٣ مدني مصري) و (١٦٤ مدني سوري) و (١٢١-١٢٣ موجبات لبناني).

[٣] وهذا مايقابل نص المادة (١٣٨٢ مدني فرنسي). انظر د. حسن الخطيب، نطاق المسؤولية المدنية، المصدر نفسه، ص٢٨٥.

الحكم بالتعويض باعادة الحالة الى ماكانت عليه او ان تحكم باداء امر معين او برد المثل في المثليات وذلك في الفقرة الثانية من المادة (٢٠٩) من القانون المدني العراقي.

ويلاحظ من نص الفقرة الثانية من المادة (٢٠٩) ان المشرع العراقي اعطى للتعويض العيني المرتبة الثانية[١] لذلك فقد ثار الجدل في الفقه حول منزلة التعويض العيني في نطاق المسؤولية التقصيرية.

ثمة رأي، بأن التعويض العيني شائع الوقوع في المسؤولية العقدية. ولايكون له في نطاق المسؤولية التقصيرية الا منزلة الاستثناء[٢]، فالتعويض النقدي هو القاعدة العامة في المسؤولية التقصيرية[٣]. ويجوز اجبار المدين على التنفيذ العيني اذ ان المدين في المسؤولية التقصيرية اخل بالتزامه القانوني من عدم الاضرار بالغير[٤].

---

[١] وكذلك الحال في التقنينات العربية. انظر الاشارة للنصوص المقابلة للنص العراقي، في ص٦٠ من هذه الرسالة.

[٢] د. عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، ج١ في مصادر الالتزام، مطبوعات جامعة بغداد، من دون سنة طبع، ف٨٩٩ ص٥٥٤. د. غني حسون طه، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، بغداد، ١٩٧٠، ف٩٠٩ ص٤٨٢. د. مقدم السعيد، مصدر سابق، ص٢٢١. د. يوسف نجم جبران، النظرية العامة للموجبات، مصادر الموجبات القانون الجرم وشبه الجرم، الجزائر، ١٩٧٨، ف٤١٥ ص٢٥٠. ابراهيم محمد شريف، رسالته السابقة، ص٢٢٥. همزة خسرو عثمان، نظرية تحمل التبعة وتطبيقها في التشريع المقارن، رسالة ماجستير، كلية القانون جامعة بغداد، ١٩٨٨، ص٧٤. وكذلك انظر ماتبنته مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج٢، مطبوعات دار الكتاب العربي، بدون سنة طبع، ص٣٩٦.

[٣] انظر: د. عاطف النقيب، المسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي، الخطأ والضرر، ط١، بيروت، ١٩٨٣، ص٣٨٤.

[٤] انظر: حسن عكوش، المسؤولية العقدية والتقصيرية في القانون المدني الجديد،ط٢، دار الفكر العربي، ١٩٧٠، ص٢٠٠.

خاص بموقع المنشاوي للدراسات والبحوث www.minshawi.com

في حين ذهب رأي اخر الى القول، بأن التعويض العيني ليس غريبا على المسؤولية التقصيرية اذ انه يتلائم معها اكثر من ملاءمته مع المسؤولية العقدية[1]، وان التنفيذ العيني بالنسبة للالتزامات القانونية هو مجرد عدم الاضرار بالغير[2]. وانه لايمكن ان يكون هناك تنفيذا عينيا في المسؤولية التقصيرية[3].

ونرجح هذا الرأي وذلك للاسباب الاتية:-

١- ان تعويض الضرر باعادة الحال الى ماكانت عليه، يحقق الصورة المثالية للتعويض. وحالة جيدة تسعى اليها التشريعات. وقد اخذ المشرع العراقي في المادة (٢/٢٠٩) -سالفة الذكر- بهذا النوع من التعويض. كما اخذت بالحكم نفسه المادة (٢/٤٣٥) من مشروع القانون المدني العراقي الجديد اذ تنص على انه (اذا تعذر التعويض العيني قضت المحكمة للمتضرر بتعويض نقدي يدفع له دفعة واحدة. او على اقساط او ايراد مرتب مدى الحياة). ويلاحظ ان مشروع القانون المدني العراقي الجديد قد قدم التعويض العيني على التعويض النقدي.

٢- اذا كنا نتفق مع من يرى وجود فارق بين التعويض العيني والتنفيذ العيني[4]، الا اننا لانؤيد من يذهب الى عدم استبعاد التعويض العيني في نطاق المسؤولية التقصيرية باعتباره جزاء يترتب على قيامها[5]. ذلك ان الالتزام القانوني بعدم الاضرار بالغير قد خرق بانتهاك المدين له (محدث الضرر) عندما اخل به. ومادمنا امام حالة

---

[1] انظر: السنهوري، الوسيط، ج١، ف٦٤٣ ص٩٦٦. د. سعدون العامري، مصدر سابق، ص١٤٩. د. عزيز كاظم جبر، الضرر المرتد وتعويضه في المسؤولية التقصيرية -دراسة مقارنة، كلية القانون جامعة بغداد، ١٩٩١ ص١٥٣ ومابعدها.

[2] د. سعدون العامري، مصدر سابق، ص١٤٩ هـ١٠.

[3] انظر: د. عبد المنعم فرج الصده، مصادر الالتزام، دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٧١م، ص٦٢٥.

[4] انظر انفا ص٧٣ من هذه الرسالة.

[5] حسن عكوش، مصدر سابق، ص٢٠٠.

اخلال بالالتزام فاننا سنكون امام تعويض ولسنا بصدد تنفيذ، هذا من جانب، ومن جانب اخر، فان هدف التعويض سواء أكان عينيا ام غير عيني، ينحصر في اعادة التوازن بين محدث الضرر والمتضرر، والذي اختل بالفعل غير المشروع، الى سابق عهده. ولذلك فان الحكم باعادة الحال الى ماكان عليه عن طريق ازالة عين المخالفة هو تعويض المتضرر وليس تنفيذا للالتزام.

٣- ان للتعويض العيني مكانا بارزا في المسؤولية التقصيرية. فالشخص الذي يتلف مالا مثليا لاخر لايستطيع الحصول عليه بيسر او انه لايمكن ان يحصل عليه الا بسعر يزيد عن سعره المقرر. وهذا مايحدث في كثير من الاحيان وفي البلدان المختلفة وبخاصة في اوقات القحط والتموين والتسعيرة الجبرية. فان الزام المسؤول بتعويض نقدي لايجعله ينصف المتضرر في اصلاح الضرر الذي اصابه. وعليه فان الزامه بأن يؤدي الى المتضرر منقولاً من النوع نفسه يكون اقرب الى تحقيق العدالة واكثر انصافا للمتضرر. وهذا هو التعويض العيني الذي قد لايكون هناك طريقاً اخر غيره يجبر الضرر الى اقصى حد ممكن.

٤- ان التعويض العيني لايزيل ماحدث في خلال المدة الواقعة من حدوث الضرر واعادة الحالة الى ماكانت عليه، ففي هذه المدة لابد من ضرر[1]، فهناك مدة تفصل بين حدوث الضرر وبين الاعادة، ولذلك يجب ان يعوض الدائن عن المدة التي حرم في خلالها من الاستفادة من الشيء المضرور او من الشيء المفقود[2]. زيادة على ذلك فان تعويض المتضرر مقرونا بالزام محدث الضرر بالتعويض العيني لايقتصر فقط على المدة بين وقوع الفعل الضار وبين اصلاحه وانما يتعداه حتى اذا لم تكن هناك اية مدة تستحق التعويض عنها او كانت هناك مدة ولم يتضرر من اجزائها المتضرر. فاذا صدم شخص بسيارته سيارة اخرى واتلف بعض اجرائها والزمناه بأجزاء اخرى جديدة وفعل

---

[1] وذلك لايقتصر على المسؤولية التقصيرية وانما يشمل المسؤولية العقدية كذلك.

[2] د. مقدم السعيد، مصدر سابق، ص٢٢٦.

ذلك. يكون قد نفذ التزامه وعوض صاحب السيارة المتضررة تعويضاً عينياً، الا ان ذلك لايعني ان صاحب السيارة المصدومة لم يتضرر. في بعض الاسواق ومنها اسواقنا يؤدي ذلك الى انتقاص ملحوظ في قيمتها مما يقتضي التعويض عنه نقداً. اضافة الى التعويض العيني[1].

استنتاج:- يتبين مما تقدم النتائج الاتية:-

١- لانجد مبررا للتفرقة قضائياً في المسؤوليتين العقدية والتقصيرية، بين نوعي التعويض سواء أ كان عينيا ام نقدياً. اذ يكمن دور القاضي في اختيار طريقة التعويض الاكثر ملاءمة لجبر الضرر على اساس:- ان هدف المسؤولية المدنية هو تصحيح التوازن الذي اخل او اهدر بسبب الضرر، وذلك باعادته الى ماكان عليه. وظهر في اسباب الاحكام للقضاء الفرنسي، ماينبيء عن تحول القضاء الى هذا الاتجاه فقد جاء في قرار لمحكمة استئناف ليون عام ١٩٤٥، (ان للقضاء سلطة في تحديد اشكال التعويض: لهم على الخصوص مكنة الامر بالتعويض العيني طالما كان غير مخالف لبنود العقد، ولاماس بالحرية الفردية)[2].

٢- ان المدين في المسؤولية العقدية، ليس افضل معاملة من المدعى عليه في المسؤولية التقصيرية. ويقرر القاضي في نوعي المسؤولية المدنية، انشاء التزام جديد في ذمة المدين بتعويض الدائن. ويستطيع ان يخصص له طريقة اخرى غير التعويض النقدي من اجل الوصول الى تعويض اكثر اكتمالا لطبيعة الضرر.

---

[1] انظر قرار محكمة جنح كركوك الصادر بتاريخ ١٩٨٩/١١/٢٢ وبالاضبارة عدد ٣٦٣/ج/٩٨٩ والمصادق عليه من هيئة التمييز الجزائية في رئاسة محكمة استئناف منطقة التأميم بقرارها المرقم ٢١٤/ جنح/ ٩٨٩ في ١٩٨٩/١٢/٢٨، والذي احتفظ للمشتكي شكر محمود بحقه في اقامة دعوى مدنية للمطالبة بتعويض عن نقص قيمة السيارة المتضررة والمرقمة ٤٧٨١/ تأميم، واجور مدة وقوفها عن العمل بعد ان حكمت له المحكمة بتعويض نقدي مقداره الفان ومائة وواحد وثمانون ديناراً عن الاضرار الملحقة بسيارته المشار اليها. القرار مشار اليه في:- د. عزيز كاظم جبر، مصدر سابق، ص١٥٥ هـ١.

[2] القرار مشار اليه في:- د. محمود جمال الدين زكي، مصدر سابق، ص٥٥ هـ٤١.

٣- ان التفرقة الثنائية في نظام التعويض سواء أ كان عينياً ام نقدياً، لاتقيم وزناً واعتبارا، الا في حالة استبعاد التعويض العيني اذا خاطر بتغطية ضرر مباشر غير متوقع في المسؤولية العقدية. اذ لايسأل المدين في المسؤولية العقدية الا عن الضرر المباشر المتوقع، الا اذا ارتكب غشاً او خطأً جسيما فيسأل عندئذٍ عن الضرر المباشر غير المتوقع وتلحق مسؤوليته في هذه الحالة بالمسؤولية التقصيرية[١].

٤- لايمكن معاملة الحالات المماثلة بطرق تعويض مختلفة، ماعدا اصل الالتزام المنتهك. مثال ذلك: يلزم الوديع برد مثل الاشياء المودعة التي سرقت او تلفت بخطأه وفقا لاحكام المسؤولية العقدية[٢]. في حين ان اتلاف او سرقة الاشياء نفسها من الغير، فانه يلزم (الغير) برد مثل هذه الاشياء وفقا لاحكام المسؤولية التقصيرية[٣]. وفي كلتي الحالتين يعد الحكم تعويضا عينيا للدائن.

٥- يستطيع التعويض العيني، رفع الغبن الذي يتعرض له الدائن نتيجة الحكم له بتعويض نقدي لايمكن قانونا ان يزيد على السعر الرسمي، اذا كان محل الالتزام بالرد اشياءً تخضع للتسعيرة الجبرية، وذلك للاسباب الاتية[٤]:-

أ- تقر الحكومة التسعير الجبري نتيجة اختلال التوازن بين العرض والطلب مما يؤدي الى ظهور السوق السوداء. وان القضاء عليها والتخفيف من حدتها امر يعني الحكومة او السلطة التنفيذية.

ب- واجب القضاء الاول، هو اقرار العدل واعطاء كل ذي حق حقه، واية ذلك في نطاق المسؤولية المدنية : تعويض المتضرر عما لحقه من ضرر ، وان يكون هذا

---

[١] د. عبد المجيد الحكيم، مصادر الالتزام، ط٢، ١٩٦٣، ص٣٥٦. د. حسن علي الذنون، المبسوط، المصدر نفسه، ص٢٩٠.

[٢] لان المدين اخل بالالتزام العقدي.

[٣] لان المدعي عليه اخل بالتزام قانوني بعدم الاضرار بالغير.

[٤] د. حسن علي الذنون، المبسوط، المصدر نفسه، ف٤١٣ ص٢٨٥.

التعويض شاملاً يغطي الضرر كله. والتعويض العيني هو التعويض الامثل في كثير من الحالات. زيادة على ان نص الفقرة الثانية من المادة (٢٠٩) من القانون المدني العراقي تجيز بأن يكون التعويض بأداء امر معين اورد المثل في المثليات، وبذلك تبيح للقاضي الاخذ بالفكرة المتقدمة.

٦- ونرى انه، في القانون المدني الفرنسي والقانون المدني العراقي، لايوجد أي نص يمنع التعويض العيني في نطاق المسؤوليتين العقدية والتقصيرية.

٧- اذا كانت مسألة تقدير التعويض مسألة وقائع يترك امرها لتقدير قاضي الموضوع وفطنته[١]. لذلك فان التعويض العيني لايمكن ان يكون الا بمقدار جبر الضرر باعادة الحال الى ماكانت عليه قبل وقوع الفعل الضار. فلايجوز ان يزيد على الضرر الذي لحق بالمتضرر والا كان هذا المتضرر بدوره مثرياً على حساب المسؤول من دون سبب. وعندئذ نكون امام ضرر جديد قد لحق بالمسؤول وهو افتقاره. حيث الافتقار في دعوى الاثراء من دون سبب يقابل الضرر في دعوى المسؤولية المدنية[٢]. وقد كان للقضاء الفرنسي دورا بارزا في اقرار هذا المبدأ (تحول دعوى الاثراء من دون سبب عند تحقق شروطها، من دون الحكم بالتعويض العيني) . في قضية البيت المحروق[٣].

وبدورنا نعتقد ان الحكم بالتعويض العيني يجب ان يكون في حدود نظرية الاثراء من دون سبب، وذلك يعني ان التعويض يكون لازالة الضرر فقط. وبذلك ينتفي عن التعويض العيني صفة العقاب، ومن الاثار التي تترتب على كون التعويض العيني ليس عقوبة هي: ان العبرة في تقدير التعويض بمقدار الضرر لابدرجة الخطأ، ولا عبرة في تقدير التعويض بغنى او فقر المتضرر، كما انه اذا كان الفعل الذي سبب الضرر متجدداً

---

[١] د. حسن علي الذنون، النظرية العامة للالتزامات ، المصدر نفسه، ص٣٥٢.

[٢] المصدر السابق، ص٣٢١.

[٣] انظر ص٩٧ من هذه الرسالة.

ومستمراً فللمتضرر الحق في اللجوء الى القضاء طالباً الحكم بايقاف هذا الفعل، او اتخاذ الاجراءات اللازمة لمنع الضرر الناشيء عنه باعتبار ان التعويض يرجى به الاصلاح، واصلاح الضرر يكون قبل كل شيء بمحو سببه متى كان ممكناً[1].

مع ذلك فأن التعويض العيني قد يثير افكاراً اخرى تتعلق بسلطة القاضي وحدودها وهذا ماسيكون موضوع الفصل الاول من الباب الثاني.

الباب الثاني

وضع التعويض العيني موضع التطبيقي

تم تقسيم هذا الباب على فصلين، الفصل الاول يتناول سلطة القضاء التقديرية ازاء التعويض العيني، اما الفصل الثاني، فيتناول الحالات التطبيقية لفكرة التعويض العيني التي اقرتها التشريعات الحديثة.

الفصل الاول

سلطة القضاء التقديرية ازاء التعويض العيني

---

[1] انظر، محمد احمد عابدين، التعويض بين الضرر المادي والادبي والمورث، الناشر منشأة المعارف بالاسكندرية، ١٩٩٥م، ص١٢٨.

لاشك ان القضاء بماله من خبرة ومايتمتع به من سلطة، يعدّ الجهة التي تعين طريقة التعويض المناسبة لجبر الضرر الحاصل، اكثر من غيرها. وهذا ماجعل التشريعات المختلفة تتبنى هذه الفكرة وتنص عليها صراحةً في متونها، وذلك تجنباً للاشكالات العديدة التي يمكن ان تحصل لو ان المشرع قد نص على الزام القاضي باتباع طريقة من دون غيرها، فيما يتعلق بكل نوع من انواع الضرر، هذا من جهة. ومن جهة اخرى، ان الاضرار التي يمكن ان تقع في الحياة العملية لاحصر لها وليس بامكان أي مشرع ان يحيط بها احاطة تامة، فان ذلك وعلى افتراض حصوله لايحقق العدالة في الاحوال كلها[١].

وعليه فأن المشرع الفرنسي، لم يحدد طريقة معينة للتعويض، بل منح لقاضي الموضوع في حدود طلب المدعي سلطة تقديرية مطلقة في تحديد طريقة التعويض الاكثر ملاءمة لطبيعة الضرر[٢].

اما المشرع العراقي فقد ذهب في المادة (١/٢٠٩) من القانون المدني الى القول:- (تعين المحكمة طريقة التعويض تبعاً للظروف... الخ). وهو الامر الذي تناولته الكثير من التشريعات العربية لتؤكد دور القاضي في اختيار الطريقة المثلى للتعويض[٣].

الى جانب ذلك ثار التساؤل عما اذا كانت سلطة القاضي تنشيء الالتزام بالتعويض ؟ ومدى ضرورة الرجوع الى فكرة السلطة الامرة للقاضي في بعض حالات التعويض العيني من عدم فائدته في اكثر الحالات ؟

---

(١) د. عزيز كاظم جبر، مصدر سابق، ص١٥١.

(٢) نقض (جنائي) فرنسي، سنة ١٩٥٢ (لقاضي الموضوع، في حدود طلب المدعي، سلطة تقديرية مطلقة في تحديد طريقة ومدى تعويض الضرر الناشيء عن الجنحة). مشار اليه في مؤلف د. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، المصدر نفسه، ص٤٨، هـ٣.

(٣) ومنها القانون المدني المصري (م ١٧١)، والمدني السوري (م١٧٢)، والموجبات اللبناني (م١٣٦)، والمدني الليبي (م١٧٤)، والمدني السوداني (م١٦٤)، والمدني الجزائري (م٣٢). وهذه النصوص تقابل (م٢٠٩) من القانون المدني العراقي.

وكيف يتم هذا النوع من التعويض ؟ أهو مبدأ ام ان للمتضرر الحق في الحصول عليه ؟

تلك هي التساؤلات الرئيسية التي تثار بهذا الصدد، والاجابة عنها وعن غيرها من التساؤلات تتعلق بجوهر الموضوع الذي نتناوله ادناه في مبحثين: نعالج في الاول سلطة القضاء، وفي الثاني عدم وجود حق في التعويض العيني او (انتفاء الحق في التعويض العيني).

المبحث الاول

سلطة القضاء

نبين اولا المقصود بالسلطة التقديرية للقاضي المدني، ثم نبين مراحل اعمال السلطة التقديرية للقاضي ثانياً، ثم تحديد هذه السلطة في نطاق التعويض العيني ثالثا وذلك كالاتي:-

اولا: التعريف بالسلطة التقديرية للقاضي المدني.

يمارس القاضي عمله الذي استمده من ولاية القضاء، وذلك بانزال حكم القانون على واقع النزاع المطروح، وخلال عمله هذا الذي ينتهي بانزال حكم القانون على اعتبار ان هذا الحكم يعبر عن نتيجة القياس القانوني عن نشاطه الذهني بانزال حكم القانون على واقع النزاع المطروح[1].

---

[1] د. احمد محمود السعد، مفهوم السلطة التقديرية ، للقاضي المدني ماهيتها وضوابطها وتطبيقاتها، ط١، دار النهضة العربية، ١٩٨٨، ص١٩.

ومادامت دراستنا تتناول فرع من فروع القانون الذي يمارس القاضي عمله من خلال تطبيقه وهو القانون المدني وفي نطاق احد موضوعات هذا القانون وهو تقدير التعويض، فاننا سنتعرض لهذه السلطة في هذا النطاق فحسب، ولانعني بذلك ان القاضي عند ممارسته لعمله القضائي لايمارس السلطة التقديرية الا في هذا النطاق فقط، بل على العكس من ذلك فالسلطة التقديرية لصيقة بممارسة القاضي لنشاطه القضائي اياً كان موضوع المنازعة المطروحة عليه، سواء أ كانت منازعة ادارية ام جنائية، وايا كانت طبيعتها سواء أ كانت منازعة اجرائية ام منازعة موضوعية، تتطلب انزال حكم قانوني على واقع المنازعة المطروحة، فأينما وجدت السلطة القضائية امكن الحديث عن وجود السلطة التقديرية التي يمارس القاضي من خلالها ولاية القضاء.

فلتعريف السلطة التقديرية للقضاء لابد ان نبين ان كلمة التقدير – لغوياً – تعني امكانية التقدير الحر بمعنى الكلمة او التصرف طبقاً لارادة صاحب التصرف، وفي المجال القانوني فإن حرية التقدير تعني القدرة على الاختيار بين احكام عدّة وهذا يعني بدوره تعدد القرارات المتاحة[1]. لذلك فان الصفة التقديرية في سلطة القاضي تنشأ من حالة قانونية معينة مصدرها بالطبع القانون، بمعنى انه يجب ان نتصور دائماً ان فكرة السلطة التقديرية مرتبطة مع التنظيم القانوني من دون الفصل بينهما، فالسلطة التقديرية

---

[1] د. نبيل اسماعيل عمرو، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجاري، ط١، منشأة المعارف بالاسكندرية، ١٩٨٤ ، ف٢١ ص٣٠ ومابعدها.

خاص بموقع المنشاوي للدراسات والبحوث www.minshawi.com

لاتظهر الا في نظام الدولة القانونية فحيث لاتكون الدولة القانونية فلا مجال للحديث عن السلطة التقديرية لاننا في هذه الحالة سنكون في اطار سلطة تحكمية لا تقديرية[1]. ويمكن القول هنا ان السلطة التقديرية للقاضي تمارس عن طريق ضوابط لاتسمح بفرض التحكم والاستبداد[2]، فالقاضي حينما يعمل تقديره عن الاثر القانوني في النص انما يطبق في الوقت ذاته القاعدة القانونية في مضمونها وماترمي اليه من اهداف.

وهذا التقدير ضرورة لاعمال القانون وبالتالي استنفاذ القاضي لولايته فولاية القضاء تحتوي ولاية التقدير او سلطة التقدير كما ذكرنا، وقد ساعد الاعتراف بالسلطة التقديرية للقاضي مسلك المشرع نفسه، فهدف الافراد في معاملاتهم ان تسود المباديء العادلة التي ترغب الجماعة في تحقيقها. ويكون ذلك عن طريق اقرار المشرع لمراكزهم القانونية عن طريق النصوص التشريعية الا ان هذه النصوص لايمكن ان تعطي المنازعات والوقائع المختلفة كل الحلول المناسبة، كما انه قد تطرأ ظروف وملابسات جديدة لم تكن تخطر بذهن المشرع وقت سن القانون مما يفسح المجال للقاضي لاعمال نشاطه التقديري لاقرار المراكز القانونية المتنازع عليها، لذا فاعمال النشاط التقديري للقاضي وعدم الاعتداد بحرفية النص التشريعي هو ترجمة حقيقية لواقع العوامل الاجتماعية والاقتصادية والخلقية السائدة في المجتمع والتي تتبدل من دون ان يلحقها تبديل موازٍ للنصوص التشريعية[3]. ومن ثم فإن القاضي يلعب دوراً بارزاً في مواءمة هذه النصوص مع سنة التطور وهو ما يظهر جلياً ازاء فكرتي النظام العام والاداب.

فالنشاط التقديري للقاضي هو وليد نشاط عقلي لاحداث التطابق بين المقدمات الكامنة في عناصر النزاع والمقدمات الانموذجية المنصوص عليها في القانون، الامر

---

(١) د. احمد محمود السعد، مصدر سابق ، ص٣٥.

(٢) انظر في تفصيل هذه الضوابط، المصدر السابق، ص٣٩٠ ومابعدها.

(٣) المصدر السابق، ص٥٤.

الذي يسمح بوجود فروق فردية تختلف من قاضٍ الى اخر[١]، على ان هذه الفروق في النشاط التقديري للقاضي يجب ان لاتصل الى حد التحكم ومخالفة القاعدة القانونية الملزمة للقاضي والمبدأ القانوني الذي ارسته تلك القاعدة.

وعلى ضوء ذلك نخلص الى تحديد المقصود بالسلطة التقديرية بأنها نشاط ذهني يقوم به قاضي الموضوع، بالاختيار بين قرارات عدة لانزال احدها على واقع النزاع المطروح.

ثانيا: مراحل اعمال السلطة التقديرية للقاضي:-

من المؤكد ان نشاط القاضي الذهني بصدد اعماله لسلطته التقديرية ازاء الدعاوى المعروضة امامه تمر بمرحلتين على التوالي[٢]:-

المرحلة الاولى:- وتتعلق هذه المرحلة بفهم القاضي للقاعدة القانونية سواء في جانب مجموع العناصر التي تخيلها المشرع وصاغها في انموذج القاعدة القانونية "مفترضها" ام في فهمه للاثر المترتب عليها.

ولايضاح ذلك، فانه اذا طرح النزاع على القاضي، فإنه يتساءل -بصفة مبدئية- عن القاعدة الواجبة التطبيق في هذا المجال، ويقوم بنشاط ذهني يهتدي من خلاله الى القاعدة المحتملة للتطبيق. اذ ينصب هذا النشاط على فحص تمهيدي لواقع النزاع. أي اننا مازلنا في دائرة الواقع البحتة غير الموصوفة بأي وصف قانوني، ففي هذه المرحلة يقوم القاضي بنشاط ذهني مستهدفاً منه التقريب بين الواقع وبين قاعدة قانونية يراها

---

[١] د. نبيل اسماعيل عمرو، مصدر سابق ، ف٦٥ ص٧٩.

[٢] لمزيد من التفصيل انظر:- د. احمد محمود السعد، مصدر سابق ، ص٤٦٥ ومابعدها. ابراهيم بن حديد، السلطة التقديرية للقاضي المدني ، دراسة تحليلية نقدية، رسالة ماجستير، معهد الحقوق والعلوم الادارية، جامعة الجزائر، ١٩٨٩ ، ص١٤١.

-هو- اقرب الى احتوائها على هذا الواقع المطروح[1]. فنشاط القاضي في هذه المرحلة هو اقرب للعودة بالقاعدة القانونية الى اصلها الطبيعي، على انها واقع. فعلى ضوء فهمه للقاعدة القانونية (مفترضها والاثر المترتب عليها) نستطيع القول انه قد انتهى في المرحلة الاولى من نشاطه الذهني الى تكييف اولي، حدد بموجبه القاعدة القانونية محتملة التطبيق. ثم ينتقل الى المرحلة الثانية من نشاطه الذهني والمتمثلة في اجراء مقارنة بين مجموع الوقائع المطروحة من جانب الخصوم والانموذج الوارد في هذه القاعدة.

وعلى ضوء المعطيات سالفة الذكر، نستطيع ان نقرر ان نشاط القاضي الذهني بصدد عملية التكييف يتم من خلال مرحلة اولى يجري فيها تكييفات احتمالية عدة بقصد تصفية القواعد القانونية التي تتصارع في اولويتها بمطابقة المفترض الوارد فيها والواقع المطروح[2]، اذ يكون اختيار قاعدة من هذه القواعد رهناً بتوفر عاملين اولهما يتمثل في فهم القاضي للواقع المطروح وثانيهما يتمثل في فهمه للمفترض الوارد في تلك القاعدة.

وحتى الان مازلنا في دائرة الوقائع البحتة، تلك الواقعه التي لم يتوصل القاضي بعد لمطابقتها مع مفترض القاعدة القانونية، فهذه المرحلة تتعلق بفهم القاعدة القانونية في ذاتها وذلك بتصنيفها من خلال فهمه للموضوع الذي تتناوله.

وعلى الرغم من القناعة بهذا الشمول للقاعدة القانونية التي سنها المشرع على اعتبار انها تهيمن على الواقع وتحكمه، الا ان القاعدة القانونية بمجرد صدورها من المشرع فانها تنفصل عن الواقع الذي منه تمّ تشييدها وتسمو الى ارتفاع خاص بها، فهي بمجرد صدورها تكتسب صفات خاصة، تتمثل في العموم، والتجريد والالزام وهذه

---

[1] انظر، هشام فالح طاهات، سلطة القاضي التقديرية في فسخ العقد -دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية القانون جامعة بابل، ١٩٩٨م، ص٦.

[2] ابراهيم بن حديد، مصدر سابق ، ص١٤١.

الصفات تجعلها فوق الواقع على الرغم من انها منه، وتظل صالحة نظـراً لتجريـدها لحكم أي واقع يتطابق مع مفترضها[1].

ومهمة القاضي في هذه المرحلة هي اجراء نشاط ذهني يرمي الى تكييف اولي لهذه القاعدة القانونية ينتهي فيه الى فهم هذا الواقع المجرد والاثر المترتب عليه، ويساعده في اعمال هذا التكييف الاولي فهمه لمعطيات النزاع، اذ يقوده هذا الفهم من اول وهلة، الى هذه القاعدة القانونية.

المرحلة الثانية: وفيها يستمر هذا النشاط باجراء مايسمى بالقياس القـانوني، وهـو مايعدّ الشرط الواجب توافره للانتقال من نطاق القاعدة القانونية المحتملة التطبيق الـى نطاق القاعدة القانونية الواجبة التطبيق.

أي انه لكي يعدّ التكييف الاولي تكييفا نهائيا ينبغي ان يجري القاضي نشاطاً ذهنيـاً ينصب على قياس قانوني تكون نتيجته بالضرورة تدل على ان مجموع الوقائع توجد في هذه القاعدة القانونية، ويتحقق هذا التواجد من خلال مفترض هذه القاعدة. فاذا تـوافرت في الحالة الواقعية مجموع العناصر التي تخيلها المشروع وصاغها في انموذج القاعـدة القانونية، فاننا نكون بصدد حالة من الحالات التي يقف فيهـا مؤقتـاً تجريـد القاعـدة القانونية، لكننا امام قاعدة قانونية مجسدة[2].

ثالثا: تحديد هذه السلطة في نطاق التعويض العيني:-

لاجل منح التعويض تأثيراً مباشراً على مصدر الضرر او موضوعه، لابد ان يتمتع القاضي بحق اصدار الاوامر للحكم بتجنب وقوع الضرر او منـع اسـتمراره. الا ان المعارضين للتعويض العيني يرفضون اعطاء هذا الحق لقاضي الموضوع: وذلك لانـه

---

(١) د. احمد محمود السعد، مصدر سابق ، ص٤٦٩.

(٢) ابراهيم بن حديد، مصدر سابق ، ص١٤٢.

اذ كان القاضي يحدد موضوع الالتزام بالتعويض الا انه لاينشيء هذا الالتزام، لان القاضي يقرر وجود الالتزامات العقدية او القانونية ويجد في القانون الالتزام الذي يقرره. بيد ان القانون المدني الفرنسي لايحدد نوع التعويض، وفي هذه الحالة كيف يستطيع القاضي اعطاء الالتزام بالتعويض مادة اياً كانت ؟[١].

يذهب الاستاذان "ربير و بولانجيه" الى القول: ان حق القاضي بمنح تعويض غير نقدي محدد بعدم امتلاك القاضي الفرنسي سلطة مطلقة مماثلة للحق الخاص بالبريتور الروماني، ولايستطيع القاضي تحديد كل انواع الالتزامات ماعدا الحالات التي نص عليها القانون. وانه لايوجد التزامات ذات اصل قضائي في القانون الفرنسي[٢].

بدورنا نرجح رأي "ربير و بولانجيه" بعدم وجود التزامات ذات اصل قضائي في القانون الحديث. ولكن هذا يدعو للتساؤل: كيف ينشأ التزام المسؤول بالتعويض؟.

يجيب الاستاذان "هنري وليون مازو"، عن هذا السؤال بالقول: يكون التزام التعويض عبارة عن التزام جديد نسبة الى الالتزام الذي وقع الاخلال به -عقدي او قانوني-. وبعيدا عن فكرة انشاء الالتزام فان القاضي يقرر وجود الالتزام عند الحكم بالتعويض النقدي، هذا من جانب. ومن جانب اخر، اذا كان القانون ساكناً بالنسبة للتعويض غير النقدي، اذ لم يحدد للقاضي طريقة التعويض، لأن القانون لايجعل القاضي آلة لحساب الاضرار. ويجب الافتراض بأن القانون الذي عهد الى القاضي بمهمة التعويض الهي اكثر من ان يكون انسانيا[٣] ويمنحه كل السلطات الضرورية لهذه المهمة وفي المقام الاول منها، حق اعطاء الاوامر لاجل تجنب وقوع الضرر او منع استمراره[٤].

---

[١] Lucienne Ripert, OP, cit, n 20.

[٢] Ripert et Boulanger, OP, cit, n 1146.

[٣] ويطلق عليه بالفنرسية : "Plus divine qu 'humaine" .

[٤] Mazeaud (H et L), OP, cit, n 2307.

ويتفق الفقه والقضاء الفرنسيان مع هذا الرأي، بإنه عند تحديد مادة اياً كانت للالتزام بالتعويض فإن القاضي لاينشيء التزاماً قضائيا. بل انه يقرر هذا الحق ضمن القانون نفسه الذي عهد اليه بمهمة التعويض[١].

وفي هذه الحالة يثور التساؤل عن الاعتراف للقاضي الحديث بسلطة مميزة من وظيفته القضائية تماماً ؟ إذ اجاز رأي ذلك، اذ ان القاضي ورث هذه السلطة واحتفظ بها من القانون الفرنسي القديم، وان العمل القضائي هو القرار من حيث التناقض بين الفعل والحق المنتهك[٢]. وان الحكم بالاجراءات لاتبين الوظيفة القضائية للقاضي بحصر المعنى وانما تبين وظيفته الادارية[٣]، وذلك الجانب المهم من سلطته. اذ يرجح القاضي بين المصالح المتعارضة ودوره ليس استنباطياً، بل انه يحتمل اضافة الى وظيفته في قول الحق نوعاً من تنظيم المصالح. ومثل كل الاداريين يستطيع القاضي في حالات الضرورة ان يعيد تنظيم المصالح من دون ان ينتهك حجية الشيء المقضى به، وذلك بشرح الصفة الادارية لهذا النوع من القرارات من خلال قرارات توضح هذا المبدأ[٤].

في حين ذهب رأي اخر الى عدم الاعتراف للقاضي بغير وظيفته القضائية وذلك وفقاً لمبدأ الفصل بين السلطات. وان الحكم بتنفيذ الالتزام لايكون سوى تطبيق بلا قيد ولاشرط للسلطة القضائية للقاضي. اذ يوجد دور للقاضي في جزء كبير من حالات التعويض العيني وخاصة في الحالات المتعلقة بازالة الضرر لمخالفة مستمرة. مثل هدم جدار مبني على نقيض الالتزام بعدم البناء او الامر بايقاف بيع المواد المزورة. وفي

---

[١] Demogue, OP, cit, n 496. Planiol, Ripert et Esmein, OP, cit, n 545.

وكذلك انظر القرارات المشار اليها في هذين المصدرين.

[٢] Demogue, OP, cit, P. .534.

[٣] تظهر وظيفة القاضي الادارية في احكام القضاء المستعجل والاوامر الولائية واجراءات الدعوى.

[٤] Demogue, OP, cit, P.496.

هذه الحالات لايعمل القاضي سوى اقرار حق منتهك واضعاً نهاية لحالة العمل المضاد لهذا الحق. وبعبارة اخرى انه يتصرف ضمن وظيفته القضائية[١].

بيد ان فكرة الاصلاح محدودة جدا لاجل ضم كل حالات التعويض العيني. ويحتوي الاخير غالباً على اجراء اخر غير الاصلاح. وذلك عندما ينشأ ضرر من إصتدام نشاطين مشروعين، ولاجل فصل هذا النزاع فان القاضي يفرض على احد او كلا الطرفين التزامات تهدف الى تنظيم الممارسة وتجنب اصتدام كلا النشاطين[٢]. ومثال ذلك: ان يُلزم القاضي المسؤول بتغيير استغلاله لاجل تجنب ازعاج الجيران او الاخرين، او فرض الاجراءات المسموحة لتجنب الغموض بين اسماء اثنين من التجار المنافسين.

الا ان ثمة رأياً يقول بأنه لايوجد تعويض عيني في موضوع المنافسة غير المشروعة، وذلك لان تنظيم ممارسة المصالح لايعد حكماً على المسؤول[٣].

ويرد على هذا الرأي، بأن قرار الحكم في موضوع المنافسة غير المشروعة يضم جانبين، قضائيا واداريا أي حكم بالتعويض واداري بتنظيم الممارسة لتجنب الاخلال بالتنظيم. لذلك لابد من استعادة فكرة سلطة القاضي، وان الاعتراض بعدم وجود هذا الحق للقاضي الجديد، لم يمنع القضاة من اكمال مهمتهم بالاصلاح وذلك بالاستعمال الواسع لوظائفهم الادارية[٤].

وخلاصة مما تقدم نستنتج:-

١- لاضرورة لرفض التعويض العيني المستمد من سلطة القاضي في التشريعات الحديثة. وذلك لان مصدر الحق في التعويض ليس هو الحكم الصادر عن دعوى

---

(١) Kayser, L'astreinte juridicaire et la responsabilite civil, Rev. Trim, 1953, n4926.

(٢) Aktham El-Kholy, OP, cit, P. 85, n97.

(٣) Roubier, le droit de la proprete industrielle, Paris, 1952, P..597.

(٤) Savatier, OP, cit, n79. Demogue, OP, cit, n707.

المسؤولية، فالحكم ليس الا مقرراً لهذا الحق لا منشأ له. وحق المتضرر في التعويض انما نشأ عن العمل غير المشروع الذي اتاه المسؤول فرتب في ذمته الالتزام بالتعويض من وقت قيام اركان المسؤولية الثلاثة (الخطأ والضرر والعلاقة السببية بينهما). وعليه فان القانون وليس القاضي ينشيء الالتزام بالتعويض، واياً كانت طريقة التعويض.

٢- ان الاعتراض على سلطة القاضي يكون عديم الفائدة لعدد معين من حالات التعويض العيني، وبخاصة في موضوع المنافسة غير المشروعة، وذلك لان القاضي يحكم بتنظيم الممارسة لتجنب الغموض وازالته.

ولقد اثارت رفض فكرة التعويض العيني الاستحالة العملية على اعتبار انها تحول من دونه. يقول ربير "Ripert":- لنفترض ان القضاء سلم بفكرة التعويض العيني فانه استنادا الى هذا التعويض يضع التزاما على عاتق المسؤول ومن ثم يتم الجزاء بالاجبار[١]. ونعود الى الصيغة ذاتها وهي ان الاخلال بالالتزام ادى الى نشوء التزام: وبذلك ندخل في مرحلتين من الوقت من دون فائدة لان النتيجة هي في النهاية (التعويض بمبلغ نقدي). اليس من الافضل ان نحكم مباشرة عليه بهذا التعويض[٢]. وتقول لوسيان ربير "L. Ripert" ايضاً، ان كل تعويض ينتهي الى منح "مبلغ من النقود". وبذلك لايفهم التعويض العيني الا انه عقوبة احتياطية: ولو حدد الاخلال سلفا ثم لم يحكم الا بتعويض عيني؛ ففي حالة عدم التنفيذ سيحكم بتعويض يتجاوز حدود ذلك الضرر وذلك لتعنت المدين[٣].

وبدورنا نعتقد ان هذا النقد محل نظر، وذلك للاسباب الاتية:-

١- ان الصعوبة لاتحول من دون التمسك بفكرة التعويض العيني مادامت الفكرة جيدة في ذاتها.

---

[١] يتم الجزاء بالاجبار وذلك باللجوء الى وسائل اجبار المدين على التنفيذ.

[٢] Ripert G., les dommages-interets en monaie etrangere, Rev. Crit, 1926, n 5.

[٣] Lucienne Ripert, OP, cit, n 19et 24.

٢- ان نطاق هذه المشكلة ضيق جداً: ويجب ان نعرف ان التعويض العيني لايقتصر على اعادة الحال الى ماكان عليه: بترتيب الوضع المادي، إذ ان مجرد صدور قرار يكفي كما في الضرر القانوني والضرر الادبي[١]. فضلاً عن ان التنفيذ قد لايتم من المسؤول نفسه وانما يمكن ان يتم التنفيذ على حسابه. ولايعدّ الحكم بنفقات هذا التنفيذ تعويضاً نقدياً[٢].

٣- واذا تمّ تحليل التعويض العيني على انه التزام بالقيام بعمل: عندما يجد القاضي ان الحكم بالتعويض العيني الاكثر ملاءمة لجبر الضرر. فان ذلك لايمنع -كما يقول اهرنك- من دعوة القاضي المدني الى ان يلجأ الى فكرة الغرامة التهديدية لجبر المدين على التنفيذ، فالاجبار سلاح فعال يتم به حماية العدالة وان كان القاضي المدني لايملك حق حبس المدين. واذا لم يوجد جزاء جنائي فان القاضي المدني ليس عاجزاً: فاذا كان الحكم يؤدي الى مبلغ كبير للتعويض، فان ذلك يشتمل على عنصر جزائي[٣].

وفكرة التنفيذ عن طريق الغرامة التهديدية كانت محل عناية المشرع العراقي في المواد (٢٥٣ و٢٥٤) من القانون المدني العراقي[٤].

المبحث الثاني

---

[١] Planiol, Ripert et Esmein, OP, cit, n 680.

[٢] انظر انفا ص٧٨ من هذه الرسالة.

[٣] Ihering, De oeuvres Choisies de l'interet dans les contrats, T2, 1893, P.145.

[٤] وكذلك التشريعات العربية المقارنة مثل المواد (٢١٣ و٢١٤ مدني مصري) و (٢١٤ و٢١٥ مدني سوري) و (٢٤١ و٢٥١ موجبات لبناني) و (٢٠٦ و ٢١٧ مدني ليبي) و (٢١١ و٢١٢ مدني كويتي) و (١٥٦ و١٩٦ مدني سوداني).

عدم وجود حق في التعويض العيني

– او (انتفاء الحق في التعويض العيني)

سنعالج ذلك من خلال مطلبين اولهما حرية القاضي في اختيار طريقة التعويض وثانيهما القيود الواردة على هذه الحرية. وذلك بمطلبين كما يأتي:-

المطلب الاول

حرية القاضي في اختيار طريقة التعويض

ان مبدأ حرية القاضي في اختيار طريقة التعويض، لايظهر أي نزاع جدي. ومن يعترض اعترافاً للمتضرر بحق اختيار التعويض، فانه يخلط بين التنفيذ العيني والتعويض العيني من جهة، وبين التعريف السائد للتعويض العيني بوصفه تعويضاً يزيل المخالفة او تعويضاً مثالياً، من جهة اخرى. ولبيان ذلك سنعالج موقف القانونين الفرنسي والعراقي وكما يأتي:-

اولا: <u>في القانون الفرنسي:-</u>

هناك اجماع على صعيد العقد حول مبدأ التنفيذ العيني. اذ لا تضع المادة (١١٤٢مدني فرنسي)[١] أي عقبة، بين المادة (١١٣٤)[١] والمادة (١٢٤٣)[٢] مدني

---

[١] تنص هذه المادة ((في الالتزامات بعمل او بالامتناع عن عمل يتحول الى التعويض في حالة عدم التنفيذ من المدين)) المادة سبق وان بحثت في الباب الاول من هذه الرسالة .

فرنسي. اذ نصت هذه المادة الاخيرة على انه ((لايجبر الدائن على قبول شيء غير محل الالتزام حتى ولو كان اكثر قيمة)). ومن خلال هذا النص؛ يكون التنفيذ حقاً للدائن، ويجب على القاضي ان يقرره، ويستطيع المدين دائماً فرضه "imposer" على الدائن، ولايكون المدين حراً من التزامه الا اذا نفذه او عرض بتنفيذه[٣].

ولقد حافظت محكمة النقض الفرنسية على احترام هذا الحق. ونقض كل القرارات التي ترفض الحكم بترتيب التنفيذ العيني على المدين اذا لم يبين الحكم، ان التنفيذ كان مستحيلاً او مرهقاً للمدين. وكذلك ذهبت محكمة النقض الفرنسية الى امكانية التنفيذ العيني عند نقضها لقرار قاضي الموضوع الذي قدر وبصورة غامضة استحالة التنفيذ[٤].

ويذهب رأي الى ان اتجاه القضاء هذا الذي يحمل على الاعتقاد بأن التنفيذ العيني يكون استثناء من القاعدة، ليس له هدفاً، سوى احترام روح المادة (١١٤٢مدني فرنسي) بعدم الاعتداء على حرية المدين الشخصية[٥].

---

[١] تنص هذه المادة بأن ((الاتفاقات القانونية الخاصة تكون قانون بالنسبة للاطراف، ولاينقض هذا الاتفاق الا بموافقة الاطراف او لاسباب قانونية اخرى. ويجب ان ينفذ الاتفاق بحسن نية)). بعبارة اخرى (العقد شريعة المتعاقدين).

[٢] Art.1243. le creancier ne peut etre contraint de recevoir une autre chose que celle qui lui est due, quoi que la valeur de la chose offerte soit egale ou meme plus grande.
تقابلها المادة (٣٩٠) مدني عراقي و (٣٤١ مصري) و (٣٣٩ سوري) و (٣٢٨ ليبي) و (٢٩٩ موجبات لبناني) و (٣٢١ كويتي) و (٣١٦ سوداني).

[٣] Planiol, Ripert et Esmein, OP, Cit, n 781. Demogue, OP.Cit, n 138. Dragu, OP,Cit,P.36. Aubry et Rau, obligations, TIV, 1942, n 299, P.60. Colin et Capitant, Cours elementaire du droit civil francais, T2, 1953, n 156.

[٤] قرارات محكمة النقض الفرنسية مشار اليها في: عبد السلام التونجي، المسؤولية المدنية للطبيب، في الشريعة الاسلامية وفي القانون السوري والمصري والفرنسي، حلب، سوريا، ١٩٦٦، ص١٤٦-١٤٧.

[٥] Aktham El-Kholy, OP, cit, P. .91.

بيد انه اذا كان للدائن حق التنفيذ، فانه لايملك حق للتعويض. واذا كان القضاء الفرنسي قد اعترف بهذا الحق في عدم اللجوء الى المواد (١١٤٣) و (١١٤٤)[١]، فان الفقه اختلف في هذه المسألة.

فالبعض في اثناء وصف الاجراءات في هاتين المادتين ينتقد هذا القضاء الذي ينكر حق الدائن في التنفيذ[٢]. والبعض الاخر استحسنه او رضي بتوضيحه[٣].

ويرى قسم اخر من الفقه، استناداً الى الاختلاف بين المادة (١١٤٣) والمادة (١١٤٤)، ان حجج التفسير هذه لم تؤثر في القضاء، ناشئة من معنى حرية القاضي نسبة الى عمل هذين الشكلين من التعويض العيني. لاجل التأكيد بأن للدائن الحق المطلق في ازالة المخالفة وعدم التنفيذ من شخص ثالث على نفقة المدين[٤].

نستنتج اذاً:- يلزم القاضي بالحكم بالتنفيذ العيني وفقاً لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، ويجب اجبارهما على التنفيذ مادام ذلك ممكناً. في حين لايلزم القاضي بالحكم بالتعويض العيني.

ويلاحظ ان مبدأ حرية القاضي في اختيار التعويض يبدو جلياً من خلال التطبيق العملي المتمثل بعملية البناء في عقد المقاولة، اذ نكون امام حالتين:-

١) قبل تسلم الاعمال ودفع الاجرة، فان أي عيب او نقص في البناء. فان حكم القضاء يكون باجبار المقاول على التنفيذ العيني.

٢) بعد تسلم الاعمال ودفع الاجرة، فان أي خلل خلال مدة الضمان العشري، فان ضمان المقاول يكون بتعويض رب العمل عن العيوب التي تظهر في خلال تلك المدة.

---

[١] تنص المادة (١١٤٣) على انه ((يجوز للدائن ان يطلب ازالة ما احدث مخالفة للالتزام)) وتنص المادة (١١٤٤) على انه ((في حالة عدم التنفيذ ينفذ على نفقة المدين)).

[٢] Mazeaud (H et L), OP, cit, n 2308.

[٣] Demogue, OP, cit, n145. Drague, OP, cit, P. 79.

[٤] Aubry et Rau, OP, cit, TIV, n 229, P .62 et 63.

ويكون حكم القاضي باصلاح هذه العيوب تعويضاً عينياً يحكم به بحرية من قاضي الموضوع[١].

في المسؤولية التقصيرية: يتأكد مبدأ حرية القاضي الكاملة في اختيار طريقة التعويض الاكثر ملائمة لطبيعة الضرر[٢].

اذ يستطيع قاضي الموضوع اختيار أي شكل من اشكال التعويض النقدي تبعا للظروف: على شكل مبلغ معين يعطى للمتضرر دفعة واحدة أو على شكل اقساط او ايراد مرتب مدى الحياة او استثمار التعويض الذي يحمي مصالح الضرر[٣].

ويستطيع القاضي الاختيار بين التعويض العيني والتعويض النقدي[٤]، وتصاغ هذه القاعدة فيما يتعلق بمتاعب الجيران، والضرر المتسبب من اكتشاف المناجم، والحوادث المتسببة من خلال الحفر (التنقيبات) فوق ارض مجاورة[٥]، ونشر القرارات[٦].

ومع ذلك فان قرار محكمة النقض الفرنسية، الخاص بعقوبة مخالفة لوعد بيع عقار من الواعد، قد نقض قرار محكمة الموضوع الذي اكتفى بالحكم بالتعويض النقدي، لانه يجب عليه ترتيب الحكم بفك الرهن تحت عنوان التعويض العيني[٧]. ويلاحظ على هذا القرار انه قيد حرية قاضي الموضوع في اختيار طريقة التعويض، بأن على القاضي ان ينزل عند طلب المتضرر للتعويض العيني[٨].

---

(١) انظر انفا ص١٠٠ من هذه الرسالة.

(٢) انظر انفاً ص١٠٢ ومابعدها من هذه الرسالة.

(٣) انظر في هذا المعنى: د. سعدون العامري، مصدر سابق ، ص١٥٣.

(٤) انظر في هذا المعنى: د. محمود جمال الدين زكي، مصدر سابق، ص٤٩.

(٥) انظر في هذا المعنى: د. سليمان مرقس، الوافي، المصدر نفسه ، ص٣٦٤.

(٦) انظر في هذا المعنى: د. محمود جمال الدين زكي، مصدر سابق، ص٥٠.

(٧) قرار محكمة النقض الفرنسية اشار اليه د. حسن علي الذنون، المبسوط ، المصدر نفسه ، ف٤٠٢ ص٢٨٠.

(٨) Planiol, Ripert et Esmein, OP, cit, n 680. Aubry et Rau, OP, cit, P. .500. Leyat, OP, cit, P. 350.

خاص بموقع المنشاوي للدراسات والبحوث www.minshawi.com

وخلاصة ماتقدم: في نظامي المسؤولية، يقرر القانون المدني الفرنسي حرية القاضي في اختيار طريقة التعويض. في حين تسمح محكمة النقض الفرنسية بالسلطة المطلقة للقضاء في تحديد اشكال التعويض: خصوصاً امكانية الامر بالتعويض العيني طالما كان غير مخالف لبنود العقد، وغير ماس بالحرية الفردية[١].

ويثور التساؤل بهذا الصدد، كيف نستطيع اثبات حرية القاضي هذه؟ ولماذا يكون القاضي مشغولاً بترتيب التنفيذ العيني وليس التعويض العيني؟

في نطاق المسؤولية العقدية، يكون القاضي مشغولاً بترتيب التنفيذ وليس التعويض العيني، ويكون السبب الجوهري هو التنظيم العملي للعقد[٢].

وهذا مادعا محكمة النقض الفرنسية الى التقيد الدقيق بأحكام القانون، لترفع عن قاضي الموضوع، ازاء التنفيذ العيني، كل سلطة تقديرية اذ لايستطيع متى كان تنفيذ الالتزام ممكناً، الاّ اجابة طلب الدائن. ونقضت الاحكام التي قضت برفض طلب الدائن ازالة الابنية التي اقامها المدين خلافاً لتعهده، اكتفاء بالتعويض النقدي، تأسيساً على عدم ثبوت ضرر للدائن او على انعدام التناسب بين الضرر الذي لحقه والنفقات الباهضة التي تقتضيها اعادة الحال الى ماكانت عليه، او بين الفائدة التي تعود على الدائن من هدمها ومصلحة الغير (المشترين لهذه الابنية) في بقائها مؤكدة حق الدائن في التنفيذ العيني متى كان ممكناً دون حاجة لاثبات ضرر لحقه نتيجة مخالفة المدين لالتزامه[٣].

اذن يحدد القاضي محل الالتزام، ومن خلال سلطته التقديرية للحكم بالتنفيذ العيني الجبري او التعويض حسب اختياره، اذ منحه القانون السلطة لتنظيم وتحديد نتائج مخالفة الالتزام العقدي[٤].

---

[١] قرار محكمة استئناف ليون، اشار اليه د. محمود جمال الدين زكي، مصدر سابق، ص٥٥.

[٢] د. اسماعيل غانم، في النظرية العامة للالتزام -احكام الالتزام- القاهرة- ١٩٥٦/ ص١٤٠.

[٣] قرارات محكمة النقض الفرنسية، اشار اليها د. محمود جمال الدين زكي، مصدر سابق، ص٥٨.

[٤] Planiol, Ripert et Esmein, OP, cit, n 783.

اما في نطاق المسؤولية التقصيرية، فان المسألة لاتتعقد من خلال الاعتبارات المستمدة من سلطان الارادة. والنص الذي عالج الموضوع هو المادة (١٣٨٢) من القانون المدني الفرنسي، اذ يعطي للقاضي الحق في التعويض من دون تحديد اخر. وتكفي الاعتبارات العملية لتأييد سلطته في التعويض.

ثانيا: في القانون العراقي:-

ان القانون العراقي[١]، وكما رأينا سابقاً خلط بين التنفيذ العيني والتعويض العيني، في نطاق المسؤولية العقدية[٢]. ويلاحظ ان المادة (٢٤٦)[٣] وبعد اعلان مبدأ التنفيذ العيني في فقرتها الاولى، تضيف في الفقرة الثانية: ((على انه اذا كان في التنفيذ العيني ارهاق للمدين جاز له ان يقتصر على دفع تعويض نقدي اذا كان ذلك لايلحق بالدائن ضرراً جسيماً)). مثال ذلك: ان يقيم الجار بناء فيجور بحسن نية على جزء من الارض الملاحقة، فللمحكمة ان تقتصر على تعويض صاحب الارض الملاصقة تعويضاً نقدياً، في هذه الحالة بدلاً من ان تأمر بازالة البناء[٤]. اذ على القاضي ان يتجنب فرض التزام مرهق على المدين لاجل منع ضرر طفيف للدائن[٥]. وكذلك في حالة بناء جدار كبير مخالفة للالتزام بعدم بنائه.

---

[١] تجنباً للتكرار سوف نذكر ارقام مواد التقنينات المدنية العربية المقابلة في محلها.

[٢] انظر انفا ص٦٩ من هذه الرسالة.

[٣] تقابلها المواد (١/١٩٩ و ٢٠٣ مصري) و (٢٠٤ سوري) و (٢٠١ كويتي) و (٢٠١ لبناني) و (٢٠٦ ليبي) و (١٨٦ سوداني).

[٤] أنظر في هذا المعنى: السنهوري، الوسيط، ج٢، ف٤٤٠، ص٧٩٩. وانظر مايلي رابعاً: حالة نزع الملكية في المطلب الثالث من المبحث الاول من الفصل الثاني من الباب الثاني من هذه الرسالة.

[٥] يترك للقاضي تماماً، تقدير كلفة التنفيذ. انظر: مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج٢، بلا سنة طبع، ص٥١٠-٥١٢.

خاص بموقع المنشاوي للدراسات والبحوث www.minshawi.com

ويلاحظ في مجال التعويض العيني اذا ركزنا على حرفية الفقرة الثانية من المادة (٢٤٦مدني عراقي) –سالفة الذكر– وفيما يخص التعويض العيني بأزلة المخالفة وفقاً للمادة (٢٥٢ مدني عراقي) ، يمكن ان نستنتج ما يأتي:–

١) ان القاضي عند تقديره لازالة المخالفة وفقاً للمادة (٢٥٢مدني عراقي) يسترشد في هذا الموضوع بالفقرة الثانية من المادة (٢٤٦مدني عراقي) لاستبعاد التعويض العيني المرهق للمدين. وذلك لان الطبع المفترض لنظام التنفيذ العيني في هذا النص يشير في الواقع وانسجاما مع حكم المادة (٢٥٢مدني عراقي) الى التعويض العيني. وكذلك هو الامر عند الحكم بتنفيذ هذه الازالة على نفقة المدين[١].

٢) واذا استبعد القاضي التعويض العيني فانه لايستطيع الحكم الا بالتعويض النقدي.

٣) ولايملك القاضي الحد الادنى من الحرية للحكم بازالة المخالفة او تنفيذ هذه الازالة من الدائن على نفقة المدين، الا بطلب من الدائن.

ومما تجدر الاشارة اليه: انه لايمكن ان ننكر حق القاضي في اختيار طريق التعويض في نطاق المسؤولية العقدية ضمن التشريع العراقي والذي عهد للقاضي بمهمات ذات اهمية كبيرة. ونجد تطبيق ذلك:– في نظرية الظروف الطارئة وفقاً للمادة (١٤٦/٢)[٢] والتي اجازت للمحكمة بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ان تنقص الالتزام المرهق الى الحد المعقول ان اقتضت العدالة ذلك. او لاجل الحكم برفع الغبن الى الحد المعقول عن الطرف الذي استغل عدم خبرته او حاجته او طيشه او هواه او

---

[١] انظر ص٧٧ من هذه الرسالة. وكذلك انظر: مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج٢، ص٥٣٥.

[٢] تقابلها المواد (١٤٧ مدني مصري) و (١٤٨ مدني سوري) و (١٧٤ مدني ليبي) و (١٤٦ مدني كويتي) و (١٣٧ مدني سوداني).

ضعف ادراكه وفقاً للمادة (١٢٥)، وكذلك ماقضت به المادة (٢/٩٤٠)[١] التي تخضع اجرة الوكيل لتقدير المحكمة، والمادة (٩٧٦)[٢] والتي تجيز للمحكمة ان تخفض مقدار الرهان المبالغ فيه.

وبدورنا نعتقد انه اذا كان القاضي وفقاً للنصوص اعلاه يتدخل لموازنة مصالح الاطراف بطرق مختلفة ملاءمة لكل حالة فإن للقاضي في نطاق المسؤولية العقدية استبعاد نوع معين من التعويض واختيار الطريقة الاكثر ملائمة لكل حالة. وكذلك الامر في التشريعات العربية المقابلة.

اما في المسؤولية التقصيرية، فان التعويض العيني قد جاء على انه طريقة ثانية للتعويض اذ ان التعويض النقدي هو الطريق الاول لمحو الضرر[٣]. و هذا مانصت عليه المادة (٢/٢٠٩مدني عراقي) الا ان حرية القاضي تبقى كاملة وفقاً لهذه المادة. وانه لايمكن للقاضي ترتيب تعويض عيني من دون طلب المتضرر هذا من جانب، ومن جانب اخر ان على القاضي ان يراعي كل الظروف وليس فقط ارهاق التعويض العيني للمسؤول "يجوز للمحكمة وتبعاً للظروف..".

وعليه فأن التعويض العيني منوطاً بطلب المتضرر، وللقاضي سلطة تقديرية فيما اذا كان التعويض العيني المطلوب ملائماً او غير ملائم ولايخضع في هذا التقدير لرقابة محكمة التمييز[٤].

---

[١] تقابلها المواد (٧٠٩ مدني مصري) و (٦٧٥ مدني سوري) و (٧٠٩ مدني ليبي) و (٥٨٤ سوداني) و (٧٧٠ و ٧٩٤ و ٧٩٥ لبناني).

[٢] تقابلها المواد (٧٤٠ مصري) و (٧٠٦ سوري) و (٧٤٠ ليبي) و (١٠٢٥ لبناني) و (١٤٥٧ كويتي) و (٦١٦ سوداني).

[٣] د. عماد الملا حويش، تعويض الاضرار الناشئة عن العمل غير المشروع، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٨٠م، ص٢٠٧.

[٤] أنظر في هذا المعنى: د. اسماعيل غانم، مصدر سابق، ص١٤١.

المطلب الثاني

القيود الواردة على حرية القاضي في اختيار طريقة التعويض

اذا كان مبدأ حرية القاضي في اختيار طريقة التعويض قد رسم لنا الدائرة التي يمارس القاضي فيها هذه الحرية، وان طلب التعويض العيني من المتضرر لايقلل من هذه الحرية. في هذه الحالة يثار التساؤل: أ يستبعد عرض المسؤول للتعويض بمقابل سلطة القاضي للحكم بالتعويض العيني ؟ ام ان اتفاق الاطراف يستبعد هذه السلطة ؟ وهل للمتضرر الحق في طلب التعويض العيني او لا ؟ للاجابة عن الاسئلة المتقدمة نقتفي دراسة كل حالة من هذه الحالات على الوجه الاتي:-

اولاً: طلب التعويض العيني من المتضرر

اذا لم يكن للمتضرر الحق في طلب التعويض العيني، فاننا نواجه الاسئلة الاتية:- هل للمتضرر الحق في استبعاده عند المطالبة بالتعويض بمقابل؟ وهل يستطيع القاضي ابدال التعويض المطلوب بتعويض عيني؟

تتعلق الاجابة عن هذه الاسئلة بمسألة اكثر عمومية لمعرفة اذا كان محل الحكم بالمسؤولية أ يكون تنفيذاً عينياً أم تعويضاً.

يذهب د. حسن علي الذنون للقول بأنه: لاتتقيد حرية القاضي بطلب المدعي الا اذا كان هذا المدعي قد تقدم بطلب التنفيذ العيني، وكان هذا التنفيذ ممكناً ولم يكن فيه ارهاق بالمدين. اما اذا كان المدعي قد طلب الحكم له بالتعويض فإن بامكان القاضي رفض هذا الطلب واصدار حكمه بالزام المدعي عليه بالتنفيذ العيني. لكن هذا الحكم لايعفي المدعي عليه من التعويض عن التأخير في التنفيذ[1].

---

[1] د. حسن علي الذنون، المبسوط، مصدر سابق ، ف٤٠٣ ص٢٨١.

ومما تجدر الاشارة اليه، الى ان القضاء الفرنسي كان يتمسك بأنه اذا لم يطلب المدعي سوى التنفيذ العيني للالتزام ورفض هذا الطلب فانه ليس للقاضي منح المدعي تعويضاً لم يطالب به. الا ان القضاء الفرنسي هجر هذا الاتجاه وسمح فيما عدا بعض الاستثناءات بأن طلب التعويض يكون مدرجاً ضمن الطلب الاصلي بالتنفيذ العيني. وسار هذا القضاء على النهج نفسه في حالة اذا كان طلب المتضرر للتعويض العيني متعذراً فعندئذ فإن للقاضي ان يلجئ الى التعويض بمقابل[١].

بيد انه اذا كان القاضي يستطيع الانتقال من التعويض العيني الى التعويض بمقابل بحرية، فهل يستطيع الانتقال من الثاني المطلوب الى التعويض العيني ؟

يذهب رأي للقول:- إن للقاضي مثل هذا الحق، اذ ان موضوع المسؤولية يكون التعويض بصورة عامة وليس طريقة مشابهة للتعويض المطلوب[٢]. وان للقاضي من خلال هذه القاعدة، ان ينتقل من التعويض العيني المطلوب الى التعويض بمقابل وللسبب نفسه يستطيع القاضي الحكم بالتعويض العيني عند طلب التعويض بمقابل[٣]. اذ ان القاضي حرٌ في اختيار الطريق الذي يراه اسهل تنفيذاً لحكمه واجدى على الدائن واقل ضرراً بالمدعي عليه[٤]. نخلص من ذلك: ان طلب المتضرر لايقلل من حرية القاضي لاختيار طريقة التعويض.

وذهب رأي اخر الى ان الطلب الاصلي الذي يتحتم على المدعي التقدم به الى المحكمة هو طلب التعويض العيني شأنه في هذا شأن (التنفيذ العيني) وان المدعي لايستطيع ان يتقدم بطلب التعويض بمقابل الا على شكل طلب احتياطي، وان القاضي

---

[١] Planiol, Ripert et Esmein, OP, cit, n 783. Demogue, OP, cit, n 494.

[٢] Mazeaud (H et L), OP, cit, n 2108.

[٣] Mazeaud (H et L), OP, cit, n 2306. Demogue, OP, cit, n 494.

[٤] د. حسن علي الذنون، المبسوط، المصدر نفسه ، ف٤٠٣ ص٢٨١.

لايستطيع الحكم على المدعي عليه بالتعويض بمقابل الا اذا رفض القيام بالتعويض العيني[١].

ويرد على هذا الرأي بإنه لايصح الا في حالة ما اذا عرض المدعي عليه استعداده للتعويض العيني، اما في غير هذه الحالة فإن في امكان المتضرر ان يختار من بين طرق التنفيذ تلك التي يراها اسهل تنفيذاً وايسر اقتضاء واكبر نفعاً[٢]. وان اجبار المتضرر على طلب التعويض العيني نسبة الى حرية القاضي، مسألة شكلية مجردة من كل معنى، وان المتضرر يستطيع المطالبة بصورة مباشرة بالتعويض النقدي[٣].

اما بالنسبة للتشريع العراقي:- فانه وفقاً للمادة (٢/٢٠٩) من القانون المدني العراقي[٤]، لايستطيع القاضي الحكم بالتعويض العيني الا بناءً على طلب المتضرر وتبعاً للظروف. وينتج من المواد (١٠٨٤ و١٠٨٥) من القانون المدني العراقي[٥]، بأن تجديد البناء يجب ان يكون بطلب من المتضرر. وكذلك ماقضت به المادة (١١١٩) مدني عراقي، والتي تعطي لصاحب الارض حق طلب قلع المغروسات او المنشآت الاخرى التي اقيمت على ارضه ممن يعلم انها ليست ملكاً له.

---

[١] رأي (كولان وكابيتان) مشار اليه في:- د. حسن علي الذنون، المصدر السابق، ف٤٠٣ ص٢٨٠.

[٢] د. حسن علي الذنون، المصدر السابق، ف٤٠٣ ص٢٨٠. همزة خسرو عثمان، نظرية تحمل التبعة وتطبيقها في التشريع المقارن، المصدر نفسه، ص٧٦.

[٣] Mazeaud, OP, cit, n 2306. Planiol, Ripert et Esmein, OP, cit, n 680, 781. Demoge, OP, cit, n 141 et 494. Leyet, OP, cit,P.350. Aktham El-Kholy, OP, cit, P. 104.

[٤] تنص المادة (٢/٢٠٩) مدني عراقي على انه (... يجوز للمحكمة تبعاً للظروف وبناءً على طلب المتضرر ان تأمر باعادة الحال الى ماكانت عليه... الخ). تقابلها المواد (١٧١ مصري) و (١٧٢ سوري) و (١٣٦ موجبات لبناني) و(١٧٤ ليبي) و (١٦٤ سوداني) و (١٣٢ جزائري).

[٥] تنص المادة (١٠٨٤) مدني عراقي على انه (اذا هدم صاحب السفل سفله تعدياً، يجب عليه تجديد بنائه ويجبر على ذلك) وتنص المادة (١٠٨٥) منه على انه (١- اذا انهدم السفل او احتاج الى ترميم فعلى صاحبه بناؤه او ترميمه. فان امتنع وعمره صاحب العلو بإذنه او بإذن المحكمة، فله الرجوع عليه بما انفقه على العمارة بالقدر المعروف. وان عمره بلا اذن فليس له الرجوع الا بالاقل من قيمتي البناء وقت العمارة او وقت الرجوع). تقابلها المواد: (٨٦٠ مدني مصري) و (٨١٥ سوري) و (٨٦٤ ليبي).

وبدورنا نعتقد ان الحكم في المواد (١٠٨٤ و١٠٨٥ و١١١٩) مدني عراقي، لايتناسب مع سلطة القاضي في القانون المدني العراقي[١]. فأن نص المادة (٢/٢٠٩) مدني عراقي صريح في ان الامر جوازي للقاضي لذلك يكون له ان يقدر تبعاً للظروف ما اذا كان التعويض العيني الذي يطلبه المتضرر مناسباً ام غير مناسب. ويذهب **الدكتور اسماعيل غانم:** الى انه من الانسب الاقتصار على التعويض النقدي. إذ ان الحكم بالتعويض العيني قد يكون في بعض الاحوال سبباً لمنازعات جديدة. مثال ذلك: ان يلزم القاضي المدين بأن يقوم على سبيل التعويض باصلاح الشيء الذي تسبب في تلفه، فقد يثور النزاع بعد ذلك بين المدين والدائن، فيدعي الاول انه قد قام بما أُمر به ويدعي الثاني ان ماتمّ من اصلاح لم يكن كافياً. ومن ناحية اخرى، اذا اصر المدين على الا يؤدي التعويض العيني على الرغم من الغرامة التهديدية فينتهي الامر الى الحكم عليه بتعويض نقدي[٢].

ثانيا: عرض التعويض العيني من المسؤول:-

تقتضي الموازنة بين مصلحة المسؤول ومصلحة المتضرر ان نلاحظ امكان قيام المسؤول بعرض التعويض العيني. وهنا يُثار التساؤل هل للمسؤول هذا الحق ؟ وهل يمكن في اثناء عرض التعويض العيني اجبار القاضي على الحكم به ؟

يذهب رأي في الفقه الى القول انه يحق للمسؤول عرض التعويض العيني وليس التعويض غير النقدي، ويلزم القاضي بالحكم به، مثيراً بعض التحفظات منها: ان اسلوب التنفيذ على نفقة المدين لايفرض على الدائن، هذا من جانب، ومن جانب اخر،

---

[١] انظر ص١٣١، هـ٤ من هذه الرسالة .

[٢] د. اسماعيل غانم، مصدر سابق ، ص١٤٠.

لايُلزم المتضرر في كل الحالات بقبول العرض المقدم من المسؤول باصلاح الشيء التالف. واخيراً ان ازالة المخالفة يمكن ان تكون تنفيذاً مفروضاً على الدائن[١].

ويفهم من الاخذ بهذا الرأي، بأن المادة التي تكون محلاً للتعويض العيني لاتساوي المادة السليمة –قبل ان يصيبها الضرر–، هذا من جانب. ومن جانب ثانٍ، ان المتضرر غير ملزم بقبول التعويض بازالة المخالفة. واخيراً، ان التمييز بين التعويض العيني والتعويض غير النقدي يوضح اتجاه هذا الرأي، ولقد رأينا ان المقابل غير النقدي يمكن ان يكون اكثر ملاءمة نسبة الى طبيعة الضرر من التعويض العيني[٢]، وبحسب تعبير الاستاذان "هنري وليون" مازو: فان عرض التعويض غير النقدي– الذي لايكون دائماً تقريبياً– لايقلل من حرية القاضي في اختيار طريقة التعويض[٣].

في حين ذهب رأي اخر الى القول بأنه لايستطيع المتضرر رفض عرض المسؤول لمادة مساوية لدينه (تعويض غير نقدي) وبالعكس فان التعويض العيني لايزود المتضرر بمادة مساوية للمادة المتضررة. وان اسلوب التنفيذ على حساب المدين غير مفروض على المتضرر. وان ازالة المخالفة لاتقدم للدائن سوى فائدة قليلة جداً، هذا من جانب. ومن جانب اخر، يمتلك المتضرر الدوافع الجدية والمشروعة لرفض التعويض العيني وذلك رغبةً منه بابدال رأس المال بآخر اكثر اكتمالاً[٤].

وذهب رأي ثالث الى انه ليس من حق المسؤول عرض التعويض العيني وفقاً للمادة (٢/٢٠٩) من القانون المدني العراقي، وعليه فاذا عرض المسؤول التعويض العيني ورفضه المتضرر فلايجوز للمحكمة ان تحكم الا بالتعويض النقدي[٥].

---

[١] Mazeaud (H et L), OP, cit, n 2306. Planiol, Ripert et Esmein, OP, cit, n 680. Aubry et Rau, OP, cit, P.500. Dragu, OP, cit, P.79. Leyet, these precitee, P.350.

[٢] انظر انفاً ص٨٤–٨٨ من هذه الرسالة.

[٣] Mazeaud (H et L), OP, cit, n 2306.

[٤] Demogue, OP, cit, n300.

[٥] د. عبد المجيد الحكيم، احكام الالتزام، المصدر نفسه، ص٥١٧.

بيد أن رأياً رابعاً يرى انه اذا عرض المسؤول التعويض العيني فانه من غير المستساغ ان يرفضه المتضرر ويطلب بدلاً عن ذلك مبلغاً من النقود[١].

وتذهب مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، الى القول (في حالة عرض التعويض العيني من المسؤول يبقى القاضي حراً ضمن هذا العرض)[٢]. وبهذا الاتجاه سارت محكمة النقض المصرية اذ قضت: (التعويض العيني هو الاصل ولايصار الى التعويض النقدي الا اذا استحال التعويض العيني. فاذا رفع المتضرر دعواه مطالباً بتعويض نقدي وعرض المدعي عليه التعويض عيناً- كرد الشيء المغتصب- وجب قبول عرضه. بل لاتكون المحكمة متجاوزة سلطتها اذا هي عملت موجب هذا العرض، ولو لم يطلب المدعي ذلك او أصر على مايطلبه من تعويض نقدي)[٣].

وبدورنا نعتقد، ان تقدير القاضي فقط، وليس قاعدة عامة، يستطيع ان يأخذ بنظر الاعتبار ظروف كل حالة. وان عدم وجود حق للمسؤول في فرض التعويض العيني (في ظل القانون المدني العراقي) لايمكن ان يصل الى تعسف المتضرر ولكن الى تقدير القاضي الذي يستطيع ان يحكم بالتعويض العيني على الرغم من رفض المتضرر المتعنت من دون مبرر.

---

(١) د. عوض احمد ادريس، الدية بين العقوبة والتعويض في الفقه الاسلامي المقارن، ط١، دار مكتبة الهلال، بيروت، ١٩٨٦، ص٥٠٥. د. محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني الجديد، ج٢، القاهرة، ١٩٥٥، ص٢٠٩. د. عاطف النقيب، النظرية العامة للمسؤولية، المصدر نفسه، ص٤٨٦. اصول الشرائع لبنتام -ترجمة احمد فتحي زغلول، ج١ طبعة عام ١٣٠٩هـ، ص٢٠٢. د. عماد الملا حويش، مصدر سابق ، ص٢٠٧.

(٢) مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج٢، المصدر نفسه، ص٣٠٨.

(٣) قرار محكمة النقض المصرية في ١٩٤٨/٢/١٦، مشار اليه:- عبد المعين لطفي جمعة، موسوعة القضاء في المسؤولية المدنية (التقصيرية والعقدية)، الكتاب الاول، ج١، الناشر عالم الكتب، القاهرة، ١٩٧٩، ص٢١٦. وانظر الاشارة الى القرار نفسه عند:- د. سليمان مرقس، الوافي، المصدر نفسه، ص٥٣١ هـ٥٩.

خاص بموقع المنشاوي للدراسات والبحوث www.minshawi.com

ثالثاً: اتفاق الاطراف:-

هل الاتفاق السابق للاطراف يمكن ان يحقق هذا الذي لاتستطيع ان تحققه مشيئة احد الاطراف الى الاطراف الاخرى ؟ بعبارة اخرى هل يمكن الغاء حرية القاضي عند وجود هذا الاتفاق ؟

يذهب الرأي الراجح في هذا الصدد الى تقرير هذا الحق (في اتفاق الاطراف على التعويض العيني) وذلك لان حرية القاضي لم تكن قاعدة عامة[1]. وهذا هو الرأي السليم من الناحية العملية، اذ ان هدف تقدير القاضي يكون محدداً بحماية مصالح الاطراف وبخاصة المسؤول ضد تعويضاً عينياً مرهقاً وعندئذ فان اتفاق الاطراف على اعتماد طريقة التعويض غير ملزم للقاضي. بيد انه اذا كان هذا الاتفاق يحقق الغرض من التعويض وحسم النزاع في الدعوى، فاننا نرى ان هذا الاتفاق ليس غريباً عن القضاء: اذ ان هذا الاتفاق يشبه الشرط الجزائي لذلك يجب ان يحترم من القاضي. واذا كان الامر كذلك فهل يجوز اشتراط التعويض العيني ؟ وكيف ؟

لاشك ان الشرط الجزائي تعويض اتفاقي[2]، وقد اشارت المادة (١٧٠) من القانون المدني العراقي[3] الى هذه الصفة صراحة عندما قضت بأنه، يجوز للمتعاقدين ان يحددا

---

(١) Demogue, OP, cit, n148.

(٢) د. حسن علي الذنون، المبسوط، ج١، المصدر نفسه، ف٣٦٨، ص٢٥٨.

(٣) تنص المادة (١٧٠) مدني عراقي على انه:- ((١- يجوز للمتعاقدين ان يحددا مقدماً قيمة التعويض بالنص عليها في العقد او في اتفاق لاحق ويراعى في هذه الحالة احكام المواد ١٦٨ و٢٥٦ و ٢٥٧ و ٢٥٨. ٢- ولايكون التعويض الاتفاقي مستحقاً اذا اثبت المدين ان الدائن لم يلحقه أي ضرر ويجوز تخفيضه اذا اثبت ان التقدير كان فادحاً او ان الالتزام الاصلي قد نفذ في جزء منه ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف احكام هذه الفقرة. ٣- اما اذا جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقي فلايجوز للدائن ان يطالب بأكثر من هذه القيمة الاّ اذا اثبت ان المدني قد ارتكب غشاً او خطأً جسيماً)). تقابلها المواد (٢٢٤ مدني

مقدماً قيمة التعويض بالنص عليها في العقد او في اتفاق لاحق. كما ان هذا الاتفاق لايستبعد حرية القاضي[1]. ويفهم من نص المادة (١٧٠ مدني عراقي) ان للتقدير الاتفاقي للتعويض صورتان[2]:-

الصورة الاولى:-

ان يتم الاتفاق على التعويض بين الطرفين مقدماً قبل وقوع الضرر وذلك هو الشرط الجزائي، اذ ان في امكان المتعاقدين ان يتفقا مقدماً على تحديد مسؤولية من يخل منهما بتنفيذ التزامه او يتأخر في تنفيذه، وغالباً مايدرج المتعاقدان هذا الشرط في صلب العقد عند ابرامه. واذا كانت صحة الشرط الجزائي في نطاق العقد مما لايرقى اليها الشك لصراحة النصوص، فاننا نتساءل هنا عن طبيعة هذا الشرط في نطاق العمل غير المشروع، وهل يعدّ صحيحاً او باطلاً ؟.

يذهب **الاستاذ الدكتور حسن علي الذنون** عند مناقشته لهذه الحالة الى القول: ((صحيح ان الاتفاق على الاعفاء من المسؤولية التقصيرية او على تحديد نطاقها امر قليل الوقوع في الحياة العملية لكنه مع ذلك محتمل الوقوع في حالات معينة. فهناك حالات يستطيع فيها الانسان ان يقدر مقدماً من هم الاشخاص الذين يحتمل ان يصيبهم نشاطه بضرر معين، فيتفق معهم على اعفائه من المسؤولية او تحديد مقدار التعويض الذي يلتزم به عند وقوع الضرر. وان ابرز الامثلة على تصور وقوع الشرط الجزائي في المسؤولية التقصيرية هي حالة (مضار الجوار)، فليس هناك مايمنع انساناً يريد انشاء مصنع يقدر انه سوف يسبب لجيرانه مضايقات تفوق مضايقات الجوار المعتادة

مصري) و (٢٢٥ مدني سوري) و (٢٢٧ مدني ليبي) و (١٦٤ مدني كويتي) و (٢٠٦ سوداني) و (المادة ٢٢٦ ف٢ و٣ موجبات لبناني). وتقابلها المادة (١١٥٢ من القانون المدني الفرنسي).

[1] د. حسن علي الذنون، المبسوط، المصدر نفسه، ف٣٧٢، ص٢٦١.

[2] المصدر السابق، ف٣٧٧، ص٢٦٤.

من ان يتفق مع هؤلاء الجيران على ان يتحملوا هذه المضايقات لقاء مبلغ معين من النقود او أي تعويض اخر))[1].

ويلاحظ ان المشرع العراقي لم يمنع –صراحة او ضمناً– (تحديد) التعويض في نطاق المسؤولية التقصيرية وكل مافعله انه منع (الاعفاء) من هذه المسؤولية، فقد نصت الفقرة الثالثة من المادة (٢٥٩) من القانون المدني العراقي على انه يقع باطلاً كل شرط يقضي بالاعفاء من المسؤولية المترتبة على العمل غير المشروع، وفرق كبير بين الاعفاء من المسؤولية وبين تحديد مقدار التعويض الناشيء عنها، يضاف الى ذلك ان القول بصحة الشرط الجزائي في نطاق العمل غير المشروع ينسجم مع رغبة المشرع في حماية المتضرر وتوفير الضمانات له حتى يحصل على حقه، ذلك ان العلة التي دفعت المشرع الى تحريم اتفاقات الاعفاء من المسؤولية التقصيرية هي حماية هذا الجانب الضعيف وهو المتضرر، فاذا ماعرفنا ان مقدار التعويض الذي ينطوي عليه الشرط الجزائي يكون في معظم الحالات اكثر من مقدار الضرر الذي تحقق بالفعل اتضح لنا ليس في قبول الشرط الجزائي واقرار صحته في المسؤولية التقصيرية أي ضير على المتضرر يضاف الى هذا كله ان وجود الشرط الجزائي في نطاق المسؤولية التقصيرية يعدّ وسيلة من وسائل الضمان التي يحصل المتضرر عن طريقها على حقه في التعويض لان وجود هذا الشرط يعفي المتضرر من اقامة الدليل على خطأ الفاعل وقد يكون هذا العبء من الثقل بحيث يضيع على المتضرر حقه في التعويض[2].

---

[1] المصدر السابق، ف٣٧٤، ص٢٦٢.

[2] نقلاً عن المصدر السابق، ف٣٧٥ ص٣٦٣.

ومما تجدر الاشارة اليه، انه ليس هناك مايمنع الطرفين (سواء في نطاق المسؤولية العقدية ام في نطاق المسؤولية التقصيرية) من ان يتفقا على هذا الشرط في اتفاق لاحق على شرط ان يتم هذا الاتفاق اللاحق قبل وقوع الاخلال بالالتزام[١].

الصورة الثانية:-

اذا ماتمّ الاتفاق على التعويض بعد وقوع الضرر، فأن هذا الاتفاق عندئذ لايسمى شرطاً جزائياً وانما يكون صلحاً او تجديداً للالتزام بحسب الاحوال[٢].

فاذا تمّ الاتفاق بين الطرفين على ان يتوليا بأنفسهما تقدير التعويض الذي يستحقه المتضرر، من دون حاجة الى التقاضي او احالة الامر الى التحكيم، فاننا نكون هنا في صدد عقد صلح، لان الغاية من هذا الاتفاق اللاحق على وقوع الضرر تفادي النزاع وقطع الخصومة بالتراضي بينهما[٣]، ويخضع هذا الاتفاق للقواعد العامة في الالتزامات وللقواعد الخاصة الواردة بشأن عقد الصلح. ويترتب على هذا انه يجوز الصلح عن الاضرار التي تقع على المال وعن تلك التي تقع على النفس حتى لو كان الفعل الذي نشأ الضرر عنه يعدّ جريمة في نظر قانون العقوبات[٤]. واذا تمّ ابرام عقد الصلح واتفق الطرفان على تحديد مقدار التعويض فقد اصبح هذا الاتفاق ملزماً لهما لايجوز لاي منهما الرجوع عنه، وتسقط بهذا الاتفاق دعوى المتضرر بطلب التعويض ان كان قد اقامها ولاتقبل منه دعوى جديدة ان لم يكن قد طالب بالتعويض من قبل[٥]. وينبغي

---

[١] د. حسن علي الذنون، المبسوط، ج١، المصدر نفسه، ف٣٦٠ ص٢٥٥. والنظرية العامة للالتزامات، المصدر نفسه ، ف٣٦٢ ص٥٥٣. د. اسماعيل غانم، مصدر سابق ، ص١٤٧.

[٢] د. حسن علي الذنون، المبسوط، المصدر نفسه، ف٣٦٠ ص٢٥٥.

[٣] المادة (٦٩٨) من القانون المدني العراقي.

[٤] المادة (٧٠٤) من القانون المدني العراقي.

[٥] المادة (٧١٢) من القانون المدني العراقي.

لصحة عقد الصلح هذا ان يكون قد تم عن معرفة واختيار، وبعبارة اخرى ان يكون قد تمّ بين الطرفين بعد معرفة سببه والدافع اليه. ومعنى هذا ان الغلط في الباعث الدافع يجعل العقد قابلاً للابطال، او موقوفاً على مايقضي به القانون في مثل هذه الحالة[1].

وبناءً عليه، نعتقد ان الاتفاق على التعويض العيني، اذا ماوجد وكانت هناك مصلحة جدية في اشتراطه وليس مرهقاً للمسؤول، فإنه شرط صحيح في نطاق المسؤولية المدنية عقدية أكانت ام تقصيرية، الا اذا نص القانون على خلاف ذلك. كما ان هذا الاتفاق يؤدي الى الاسراع في حسم النزاع وتجنب الطرفين مصاريف لاضرورة لها (مثل: الاستعانة بالخبراء والكشف او المعاينة) هذا من جانب. ومن جانب اخر، ان هذا الشرط الجزائي (الاتفاق على التعويض) يسبغ على القوة الملزمة للعقد قوة فوق قوتها القانونية العادية، اذ يعرف كل متعاقد (مقدماً) انه اذا ما اخل بتنفيذ التزامه فانه سيكون ملزماً بدفع التعويض المقدر في هذا الشرط[2].

ومن خلال ما تقدم نلاحظ:- انه اذا كنا قد حددنا ان التعويض العيني يكون اكثر ملاءمة لطبيعة الضرر من التعويض النقدي، فلماذا لايملك المتضرر حق الحصول عليه ؟ والواجب ان يرضى به اذا كان مقدماً له ؟ وكيف نثبت حرية القاضي في استبعاد هذا التعويض الملائم ؟، هذا من جانب. ومن جانب اخر، اذا كان التعويض العيني ملائماً لطبيعة الضرر، فأنه لايكون دائماً مستحباً. ويمكن ان يكون مرهقاً بالنسبة للمسؤول. ويمكن ان لايكون ملائماً بالنسبة للمتضرر. إن استمرارية ضرر مايكون سبباً للحصول على مبلغ من النقود، واسناد حق المتضرر في الحصول عليه، وحق المسؤول في فرضه. اذ يمتلك القاضي سلطة اختيار طريقة التعويض التي يراها اكفل من غيرها لجبر الضرر ويسترشد في

---

[1] د. حسن علي الذنون، المبسوط، المصدر نفسه، ف٣٧٧، ص٢٦٥.

[2] المصدر السابق، ف٣٧٣، ص٢٦٢.

ذلك بطلبات المتضرر وظروف الاحوال ولايخضع في ذلك لرقابة محكمة التمييز[1]. كما ان القاضي ليس ملزماً بالحكم بالتعويض العيني ولكن يتعين عليه ان يقضي به اذا كان ممكناً وطالب به المتضرر او تقدم به المسؤول[2]. اذ ان القضاء يمتلك نظرة مختلفة للاشياء. وسوف نرى من خلال الفصل الثاني- المخصص لانواع التعويض العيني- كيف تستخدم حرية القاضي هذه لكل حالة من الحالات.

الفصل الثاني

انواع التعويض العيني

نعرض في هذاا الفصل احكام التعويض العيني في اطار التطبيقات الاساسية. اذ ان مخالفة كل التزام تثير مشكلة نوع التعويض. واخترنا عدداً معيناً من الحالات تتجلى في دراستها خصوصية هذا الطراز من التعويض. وذلك في ثلاثة ميادين وهي:- التعويض العيني المادي، والتعويض العيني القانوني، والتعويض العيني الادبي.

ونرمي من خلال ذلك الى هدفين، اولهما: تحديد الحدود المناسبة لفكرة التعويض العيني وذلك بفصله عن بقية انواع التعويض المؤكدة لجبر الضرر. وتحليل القرارات القضائية من خلال التكييف والتوصل الى ابراز فكرة التعويض العيني.

وثانيهما: ابراز الافكار التي تتجلى فيها العلة في كل حالة من هذه الحالات، لماذا كان الاختيار لنوع معين من التعويض بدلاً من الاخر؟.

---

[1] د. سليمان مرقس، الوافي، المصدر نفسه ، ص٥٢٩.

[2] السنهوري، الوسيط، ج٢، ف٦٤٣، ص٩٦٧. د. عبد المجيد الحكيم، مصادر الالتزام، ج١، ص٤٧٨.

وهذا ما نتناوله في ثلاثة مباحث وعلى الوجه الاتي:-

المبحث الاول

التعويض العيني المادي

يظهر هذا الطراز من التعويض في اطار التزامات العمل او الامتناع عن عمل عن طريق الضرر المادي الناجم عن استعمال الاشياء، ولما كان ذلك يشمل اطارا عاما متسعا فأننا سنبينه عبر فرضيات محددة، تخصه وهي: الاصلاح المادي، والتعويض العيني والضرر الجسدي، والتعويض العيني وجزاء الحق العيني، ومضايقات الجوار. وعلى الشكل الاتي:-

المطلب الاول

الاصلاح المادي

((التعويض العيني بموجب احكام المسؤولية))

يظهر الاصلاح المادي في ظل فرضية تتعلق بالتعويض العيني. ففي فترات الاستقرار النقدي وزيادة الاموال في السوق فان المتضرر لايميل الى التعويض النقدي وانما الى ابدال او تعويض مادته بنفسه. وعلى الرغم من ان التعويض يمثل دائماً منفعة للمتضرر الا انه يستبدل الشي التالف لاجل تجنب تقديراً قد لايكفي عند التعويض النقدي(١).

---

(١) Lalou, OP, cit, n 88, P.52.

وقد الزم القضاء الفرنسي الناقل باصلاح المواد التالفة في اثناء عملية النقل، فقد اجاز منذ بداية القرن العشرين ذلك، مستنداً الى التزام الناقل بتسليم الشيء الى مكان الوصول في حالة جيدة[١]. كذلك اصدر هذا القضاء قرارا حمل شركة السكك الحديدية مسؤولية اصلاح الاثاث التالفة[٢]. وفي سنة ١٩٢٦، نقض قرار محكمة الموضوع الذي اعتمد على مبدأ التنفيذ العيني للحكم بالزام السكك الحديدية بالتعويض النقدي نتيجة تضرر الاثاث اثناء عملية النقل، اذ سببت محكمة النقض الفرنسية قرارها بأنه يوجد التزام الاصلاح في عقد النقل[٣]. وقد أيد بعض الكتاب هذا الحكم القضائي بأن التزام الناقل باصلاح الشيء يضاف الى التزامه في عقد النقل[٤]. الا ان ثمة رأياً انتقد هذا الحكم القضائي بناءً على ان التعويض بالاصلاح يفهم في التزام التسليم في حالة جيدة وليس التزاما جديداً مضافاً لعقد النقل[٥].

وبمناسبة عقد الايجار، رفض القضاء الفرنسي الحكم على المستأجر باعادة بناء المنزل المؤجر المحروق بسبب خطئه، وعللت قرارها بالاستناد الى نظرية الاثراء من دون سبب اذ ان اعادة البناء يكون لصالح المالك، عليه حكم على المستأجر بدفع الفرق بين قيمة البناء قبل وبعد الحريق[٦]، وعلى الرغم من ان المستأجر قد تعهد باعادة البناء الى حالته الكاملة في نهاية الايجار. فأن القضاء الفرنسي لم يعتد بهذا التعهد فعقد

---

[١] نقض فرنسي في ١٧/ حزيران ١٩١٣م مشار اليه في:-
Aktham El-Kholy, these precitee, n 129, P.113.

[٢] نقض فرنسي في ٤/ حزيران ١٩٢٤م مشار اليه في:- د. حسن الخطيب، نطاق المسؤولية المدنية، المصدر نفسه، ص٢٤٩. واشار اليه، د. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، المصدر نفسه، ص٥٣ هـ٣٣.

[٣] نقض فرنسي في ١٩/ كانون الثاني ١٩٢٦م مشار اليه في:
Aktham El-Kholy, these precitee, n 129, P.113.

[٤] Planiol, Ripert et Esmein, OP, cit, n 780. Josserand, OP, cit, n 614.

[٥] Dragu, OP, cit, P.122-126.

[٦] القرار مشار اليه سابقا ص٩٨ من هذه الرسالة.

الايجار ينتهي بهلاك الشيء المؤجر ليدفع المستأجر الفرق بين قيمة البناء قبل وبعد هلاك البناء المؤجر كلياً[١].

ويثير الاصلاح المادي، ايضاً، صعوبة فيما يتعلق بضمان العيوب الخفية من البائع، وطبقاً للمادة (١٦٤٦) من القانون المدني الفرنسي للمشتري الاختيار بين بقاء العقد او انقاص الثمن. ولكن أ يستطيع المشتري عند اختيار بقاء العقد ان يطلب اصلاح الشيء المعيب من البائع ؟

في الاجابة عن هذا السؤال رأيان: الاول هو ماذهب اليه القضاء الفرنسي، اذ لم يعطِ للمشتري الحق في المطالبة باصلاح الشيء المعيب على اساس ان القاضي لايستطيع زيادة التزامات البائع حسن النية بالقيام بالاصلاح قائمة مقام انقاص الثمن[٢].

اما الرأي الثاني، فذهب الى ان حق الاصلاح المادي للشيء ينتج عن حق المشتري في الانتفاع الكامل من الشيء او الحق العام، فضلاً عن ذلك قد يحكم القضاء على البائع بالاصلاح المادي وذلك عندما يكون البائع سيء النية متعمداً في اخفاء العيوب وهذه القضية تحكمها القواعد الخاصة بالبيع من خلال المادة (١١٥٠) من القانون المدني الفرنسي[٣].

وعلى الرغم من اننا لم نلاحظ في وقائع القرارات مايكشف الاساس الذي بنيت عليه مسؤولية المدين بالاصلاح، الا ان مما لاشك فيه ان القضاء الفرنسي لايريد ان يفرض على احد الاطراف التزام غريب عن التزامه الاصلي. لذلك فان الزام الناقل في عقد النقل باصلاح المنقولات التالفة في اثناء عملية النقل، يكون منصوص عليه ضمن

---

(١) Aubry et Rau, OP, cit, n367, P.243.

(٢) Aktham El-Kholy, these precitee, n129, P.113.

(٣) Mazeaud (H et L), OP, cit, n 2190 et 2304.

التزام الناقل بتسليم البضاعة بحالة جيدة[1]. الا ان الحكم بالزام الناقل بالاصلاح لايمكن تنفيذه في حالة كون المادة قد اصبحت غير ملائمة للاستعمال وذلك للاستحالة العملية.

ويطبق المبدأ اعلاه نفسه عند الحكم على المقاول باصلاح عيوب البناء. والفكرة نفسها تبرر رفض القضاء للحكم على المستأجر باعادة بناء البيت المحروق بخطئه. وعليه فأن مبدأ الاستحالة العملية يحول من دون التعويض العيني، ويترك للمتضرر حرية الاستفادة من التعويض النقدي.

اما القانون العراقي، نلاحظ ان الاصلاح المادي ثابت في نطاق المسؤولية العقدية، وان لم ينص عليه في العقد. وقد عالج المشرع العراقي بعضاً من هذه التطبيقات في العقود الاساسية: وبحسب المادة (٢/٦٨٧)[2] المتعلقة بقرض الاستهلاك، يستطيع المستقرض طلب اصلاح العيب من المُقرض الذي تعمد اخفاء العيب سواء أ كان القرض بفائدة ام كان بغير فائدة. ومن جانب اخر: ان المستأجر الذي يستعمل المأجور على خلاف المعتاد يضمن الضرر المتولد (المادة ٢/٧٦٤) من القانون المدني العراقي. الا اننا نجد ان المشرع المصري نص صراحة على ان المستأجر الذي يُحدث في العين المؤجرة تغييراً غير مسموح به يُلزم باعادة العين الى الحالة التي كانت عليها وبالتعويض ان كان له مقتضى (المادة ٢/٥٨٠ مدني مصري).

وبدورنا نقترح ان تعدل المادة (٢/٧٦٤) من القانون المدني العراقي كي تتضمن ذات الحكم المنصوص عليه في المادة (٢/٥٨٠) من القانون المدني المصري وذلك:

لأن عدداً غير قليل من التشريعات العربية قد اخذت بما يقضي به القانون المدني المصري في هذا الصدد هذا من جانب، ومن جانب اخر، ان تحديد ضمان المستأجر في هذه الحالة باعادة العين المؤجرة الى الحالة التي كانت عليها اقرب الى العدالة من

---

[1] تكون كلفة اصلاح الاضرار بالنسبة للناقل، اقل من ان يؤدي تعويضاً نقدياً. وبذلك تتميز احكام هذا القضاء بالاعتبارات العملية من خلال الحكم بالاصلاح المادي.

[2] تقابلها المادة (٢/٥٤١) من القانون المدني المصري.

اطلاق مصطلح الضمان وترك المؤجر تحت رحمة المستأجر في ان يدفع له تعويض نقدي او ان يقبل المؤجر الاستعمال غير المعتاد من المستأجر.

فقد قضت محكمة التمييز العراقية: يضمن المستأجر الاضرار التي تحصل في المأجور جراء الاستعمال غير الاعتيادي[١]. وعلى المحكمة ان تأخذ بنظر الاعتبار المدة اللازمة لاصلاح الضرر في المأجور عند تقدير كلفة الضرر[٢].

اما فيما يتعلق بالتزامات المؤجر، فانه يلزم باصلاح وترميم ماحدث من خلل في المأجور، ادى الى اخلال في المنفعة المقصودة منه وفي حالة امتناع المؤجر عن الترميم، كان للمستأجر ان يفسخ الاجارة او ان يقوم بالترميم بأذن المحكمة، ويرجع على المؤجر بما صرف بالقدر المعروف وفقا للمادة (٧٥٠ مدني عراقي)[٣]. وفي حالة استحالة اصلاح العين المؤجرة فللمستأجر الحق في طلب انقاص الاجرة او فسخ الاجارة (المادة ٢/٧٥١ مدني عراقي)[٤]. ويلاحظ، ان الاحكام الواردة في المادتين (٧٥٠ و ٢/٧٥١ مدني عراقي) ليست الا تطبيقاً للقواعد العامة[٥].

وتنص المادة ٨٦٠ من القانون المدني العراقي على انه ((١- متى انتهت الاعارة وجب على المستعير ان يرد العارية الى المعير بنفسه او على يد امينة.... الخ. ٢- اذا اخل المستعير بالالتزام المتقدم ذكره وتلفت العارية او نقصت قيمتها، لزمه الضمان)).

---

[١] القرار رقم ٥٤٨-٥٤٩/ مدنية اولى/٩٠ في ١٩٩١/٤/١٠. والقرار رقم ٥٩٩/م/٩٢ في ١٩٩٢/٧/٨. والقرار رقم ٩٠٤/ مدنية اولى/ ٩٢ في ١٩٩٢/٨/٣٠. القرارات منشور في مجموعة، ابراهيم المشاهدي، المختار من قضاء محكمة التمييز، القسم المدني، ج٤، مطبعة الزمان، بغداد، ٢٠٠٠، ص١٠٧ و١٣٤ و١٤٢.

[٢] القرار رقم ١٣٤/ مدنية اولى/ ٩٠ في ١٩٩٠/٩/٢٥. القرار منشور في المصدر السابق، ص١٠٥.

[٣] تقابلها المادة (٥٦٨) من القانون المدني المصري.

[٤] تقابلها المادة (٢/٥٦٩) من القانون المدني المصري.

[٥] د. محمد علي عرفه، التقنين المدني الجديد- شرح مقارن على النصوص، ط١، الناشر مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، ١٩٤٩، ص٣٨٨.

ويلاحظ على هذا النص انه اطلق مصطلح الضمان وترك تحديد طريقة التعويض لتقدير قاضي الموضوع. وحكمت محكمة التمييز ((بالزام المستعير الذي أخل بالتزامه برد العارية بدفع القيمة او بالضمان وذلك لتلف العارية (السيارة) عندما كانت بحوزته وفي غير المحل الذي حدده لاستعمالها عملاً بحكم المادة ٨٦٠ مدني عراقي))[١].

ويتجلى التعويض العيني، على وفق صورة الاصلاح المادي في حالتي ضمان العيوب الخفية وضمان الاستحقاق الجزئي. اذ يلزم البائع باصلاح عيوب الشيء وفقاً للمادة (٥٥٩) من القانون المدني العراقي، اذا كان هذا البائع قد اكد للمشتري خلو المبيع من هذا العيب او اخفى العيب غشاً منه[٢]. وينطبق الحكم نفسه في حالة الاستحقاق الجزئي، فيما لو اثر المشتري استبعاد الباقي من المبيع، وفقاً للمادة (٢/٥٥٥) من القانون المدني العراقي[٣]. ويلاحظ على نص المادة (٢/٥٥٥ مدني عراقي) انها لم تصنع تمييزا بين البائع حسن النية والبائع سيء النية، لذلك فأنه يجب الاخذ بنظر الاعتبار المادة (٣/١٦٩) من القانون المدني العراقي[٤].

---

(١) قرار رقم ٦٦٤/ مدنية اولى/ ٩٢ في ١٩٩٢/٧/٢٢. منشور في مجموعة ابراهيم المشاهدي، مصدر سابق ، ج٤، ص١٣٤.

(٢) تنص المادة (٥٥٩ مدني عراقي) على انه ((لايضمن البائع عيباً قديماً كان المشتري يعرفه او كان يستطيع ان يتبينه بنفسه لو انه فحص المبيع بما ينبغي من العناية، الا اذا اثبت ان البائع قد اكد له خلو المبيع من هذا العيب او اخفى العيب غشاً منه)). تقابلها المواد (٦٤١ مدني فرنسي) و (٢/٤٤٧ مدني مصري). وقارن: د. حسن علي الذنون، عقد البيع، بغداد، ١٩٥٤م، ص٢٤٤-٢٤٥. وكذلك، د. جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية، مطبوعات جامعة الموصل، ١٩٨٩م/ ص١٤٠.

(٣) تنص المادة (٢/٥٥٥ مدني عراقي) على انه ((واذا اختار المشتري الباقي من المبيع فله ان يطالب بالتعويض عما اصابه من ضرر يسبب الاستحقاق)). تقابلها المادة (٢/٤٤٤ مدني مصري). وقارن، د. جعفر الفضلي، مصدر سابق ، ص١١٨.

(٤) تنص المادة (٣/١٦٩ مدني عراقي) على انه ((فاذا كان المدين لم يرتكب غشاً او خطأً جسيماً فلا يجاوز في التعويض مايكون متوقعاً عادة وقت التعاقد...)) تقابلها المواد (١١٥٠ مدني فرنسي) و (٢/٢٢١ مدني مصري).

ويتجسد التعويض العيني في نطاق المسؤولية التقصيرية، بانه تطبيق عملي في حالتي الغصب والاتلاف. اذ تنص المادة (١٩٢) من القانون المدني العراقي على انه (يلزم رد المال المغصوب عيناً وتسليمه الى صاحبه في مكان الغصب ان كان موجوداً... ومن دون اخلال بالتعويض عن الاضرار الاخرى)[١]. اذ يترتب على المدين –وفقا لهذا النص–، نوعين من الالتزام، (الاول) رد المال المغصوب عيناً و (الثاني) التعويض عن الاضرار الاخرى، مثل اصلاح المال المغصوب واعادته الى الحالة التي كان عليها قبل وقوع فعل الغصب. فقد قضت محكمة التمييز بأنه (اذا كان الثابت من الوقائع ان الثلاجة وماكنة الخياطة تعود للمدعي فان الحائز يعدّ غاصباً ويتعين القضاء بردهما وتسليمها للمدعي)[٢].

وتنص المادة ١/١٨٦ من القانون المدني العراقي على انه (اذا اتلف احد مال غيره او انقض قيمته مباشرة او تسبباً، يكون ضامناً، اذا كان في احداثه هذا الضرر قد تعمد او تعدى) وقد اتجه القضاء العراقي الى الزام المسؤول باصلاح الاضرار مادياً واعادة الشيء المتضرر الى الحالة التي كان عليها قبل وقوع الضرر، فقد الزمت المحكمة الشركة المدعى عليها باصلاح الاضرار الذي الحقته بالكيبل العائد لوزارة الدفاع لعدم اتخاذ الشركة الحيطة والحذر عند تنفيذ اعمال المقاولة في مشروع اللطيفية[٣]. وفي

---

(١) تقابلها المادة (١٦٣) من القانون المدني المصري.

(٢) القرار المرقم ٥٦٨/ مدنية اولى/ ٩٢ في ١٩٩٢/٦/٢٨. ((اذ الزم القرار المدعى عليها برد الثلاجة وماكنة الخياطة وتسليمها للمدعي، بعد ان اثبت المدعي بالبينة الشخصية انه كان يعمل في حانوت للخياطة عائدللمدعى عليها وان الثلاجة وماكنة الخياطة كانت في الحانوت المذكور الى ان تمّ اخلاؤه لغرض الهدم. وعزز بينته بوصلي شراء الماكنة والثلاجة من الشركة الافريقية العراقية)). القرار منشور في مجموعة: ابراهيم المشاهدي، ج٥، مصدر سابق ،ص١١٥.

(٣) قرار محكمة التمييزالعراقية رقم ٧٥٧-٧٥٨/ مدنية اولى/ ٨٩ في ١٩٩٠/٥/٢٣، القرار منشور في مجموعة، ابراهيم المشاهدي، المصدر السابق، ج٣، ص٢٦. وكذلك انظر القرار رقم ٢٩٦/مدنية اولى/٩١ في ١٩٩١/٨/٢١ الذي الزم الشركة اليوغسلافية بكلفة اصلاح الكيبل المحوري الذي تسببت باتلافه. القرار منشور في المصدر السابق، ج٣، ص٤٠.

قضية اخرى، الزمت المدعى عليه باصلاح الاثاث العائدة للمدعي والتي تضررت نتيجة سقوط الجدار عليها بفعل الحفر الذي حدث بجانب الجدار من المدعى عليه[١]. وقضت في دعوى اخرى بالزام المدعى عليه باصلاح سيارة المدعي نتيجة اصطدام سيارة المدعى عليه بسيارة المدعي[٢].

ويلاحظ في نطاق العقد الدولي لنقل التكنولوجيا ان التزام المدين ينقض عن طريق التعويض العيني. وعلى سبيل المثال ماورد في هذا الصدد: اذ ينقضي التزام المدين عن طريق التعويض العيني بمعالجة اوجه النقص التي تم التثبت منها عند فشل التجارب التي اجراها المتلقي. ويثبت فشل هذه التجارب بعد التسليم، وقد يثبت عدم مطابقة عناصر محل العقد لما تم الاتفاق عليه، على ان فشل التجارب يتم بمعرفة الخبراء والفنيين، وقد يثبت عدم المطابقة بعد مدة من البدء باستغلال محل العقد وهو المعرفة الفنية على ان تصبح اقل فعالية بشكل يتناقص فيه تحقيق النتائج يوماً بعد يوم، وفي كل هذه الفروض يبقى المورد ملتزماً بالتعويض العيني ويجب عليه معالجة مظاهر في المعرفة من عيوب[٣]. فاذا كان محل العقد طريقة فنية لانتاج مادة الكلور، وبعد اقامة المصنع والبدء في استغلال الطريقة انتجت مادة البنزين. ففي هذه الحالة يُلزم المورد بالتدخل لتعديل هذه الطريقة واكتشاف مكان الخطأ للوصول بها الى انتاج الكلور، وهذا التعويض يتفق مع مصلحة المتلقي[٤]. كما ويستطيع المتلقي ان يعهد بالتعويض العيني الى الغير ويعود بما انفق على المورد، ففي حكم صدر عن محكمة التحكيم في غرفة

---

(١) قرار محكمة التمييز رقم ١٠٥٤/ مدنية اولى/٩٢ في ١٩٩٢/١٠/٦. منشور في المصدر السابق، ج٤، ص١٤٩.

(٢) قرار محكمة التمييز رقم ٩١٣/ مدنية اولى/٩٢ في ١٩٩٢/٩/٧. منشور في المصدر السابق، ج٤، ص١٤٣.

(٣) د. محسن شفيق، نقل التكنولوجيا من الناحية الفنية، جامعة القاهرة، ١٩٨٤م، ص٩٦.

(٤) د. محمود الكيلاني، عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا- دراسة تطبيقية، مطبعة عبير، حلوان، مصر، ١٩٨٨م، ص٧٤١.

التجارة الدولية بتاريخ ١٩٨٥/١/١٦ في نزاع بين شركة عمانية واخرى انكليزية الزمت الشركة الانكليزية بالتعويض عن الاضرار التي لحقت بالشركة العمانية نتيجة تعاقدها مع الغير لاصلاح عيوب ظهرت بعد تشغيل مصنع الجير، الذي التزمت الشركة الانكليزية بتوريده وتسليمه ومراقبة انشائه واعداده وصيانته وفقا للعقد، وبعد ستة اشهر من التشغيل تم اكتشاف عيب في احد الافران فاغلق وانذرت الشركة الانكليزية بان تقوم ببعض الاصلاحات واجراء اختبار جديد للمتانة، غير انها لم تقم بذلك، وانكرت مسؤوليتها عن الاصلاحات او اعادة اختبار الكفاية، فما كان من الشركة العمانية الا ان كلفت شركة اخرى لاستكمال اعداد الفرن وتوريد قطع الغيار والمعدات الناقصة او التالفة وتوقفت الشركة العمانية عن دفع الاقساط المستحقة[١].

المطلب الثاني

التعويض العيني والضرر الجسدي

أثير تساؤل عما اذا كان التعويض العيني ممكناً عن الضرر المادي الجسدي؟[٢]

يتصور وجود هذا التعويض في حالة، التزام المسؤول عن الفعل الضار بمعالجة من تضرر في جسمه او عقله من جراء فعله- وذلك بأن يتحمل مباشرة نفقات اقامة المتضرر في مستشفى او مصح وطوال المدة التي تقتضيها المعالجة او العناية او

---

[١] المصدر السابق، ص٤٧٣.

[٢] الى جانب هذا الضرر ذي الطبيعة المالية، هناك اضرار اخرى يتمثل بعضها في الالم الجسدي والالم المعنوي اللذين غالبا مايرافقان الاصابة الجسدية. وكذلك الضرر المتمثل في المساس بعاطفة القريبين من المصاب. وهذه الاضرار يكون التعويض عنها بمبلغ من النقود. انظر محمد صبري الجندي، في ضمان الضرر المعنوي الناتج عن فعل ضار، بحث منشور في مجلة دراسات، علوم الشريعة والقانون، المجلد ٢٦، جامعة اليرموك، الاردن، ١٩٩٩، ص٥٧٥.

المراقبة الطبية[١]. وكذلك الزام الطبيب او المستشفى بعلاج مصاب نتيجة لارتكاب فعل ضار غير مشرع من الطبيب او المستشفى[٢]. وقد يتمثل هذا التعويض في زراعة الاطراف والاعضاء لمن يفقد احد اعضائه كالكلية او العين نتيجة اصابته في حادث ما[٣].

والواقع ان هذا النوع الاخير من التعويض العيني المتمثل في زراعة الاطراف والاعضاء، يعتمد في نجاح تطبيقه على العملية الجراحية. اذ تقوم هذه الطريقة على اساس الزام محدث الضرر باعطاء مايسمى بالفقه الطبي (المادة التأمينية)[٤] وقيد هذا التعويض بشروط عديدة جعلت من الصعوبة الحكم به الا بعد تحقق هذه الشروط وهي[٥]:-

١- كون الاعتداء على الكيان الجسدي عمداً، اذ لامجال للمطالبة بهذا الشكل من التعويض في الاضرار الجسدي التي تقع بطريق الخطأ.

٢- مطالبة المتضرر بهذا النوع من التعويض، فلا يحكم به القاضي من تلقاء نفسه.

---

(١) د. عاطف النقيب، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي- الخطأ والضرر، المصدر نفسه، ص٣٨٥.

(٢) عبد السلام التونجي، المسؤولية المدنية للطبيب- المصدر نفسه، ص١٠٣.

(٣) د. حسام الدين كامل الاهواني، المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الاعضاء البشرية، مطبعة جامعة عين الشمس، ١٩٧٥، ص٦٢. إذ يشير الى احد الفقهاء الالمان: Karl Engisch. وانظر: د. صبحي: المحمصاني، مصدر سابق ، ص١١٠ ومابعدها.

(٤) يقصد بالمادة التأمينية:- الاجزاء التي تماثل الاجزاء المتضررة من الكيان الجسدي والتي بالامكان طبياً قلعها وزراعتها في جسد ثان مثل شبكية العين والجلد ورموش العين والاعصاب وعظام الفك،... الخ)). انظر اطروحة الاستاذ :

Benain Ohayon: Resposabilite du medecin en chirurgie esthetique, these, Paris, 1996, P.232.

(٥) Ibid, P. 232-233.

٣- التماثل في عضو المسؤول من جهة والمتضرر من جهة اخرى، من ناحية الصحة والمنفعة.

٤- الملاءمة الطبية الجراحية والموثقة بشكل اصولي من الخبير الطبي على (المتضرر المسؤول) والتي تفيد صلاحية اجراء عمليات قلع الاعضاء البشرية وزرعها في جسديهما، فاذا وجد ان العملية محمودة العواقب فيحكم بها واذا كانت في طياتها علائم الخطرعلى الطرفين فلا يحكم بها.

٥- يتحمل المسؤول عن الضرر تكاليف اجراء العملية ويسقط حق المتضرر في المطالبة بالتعويض النقدي حال فشل العملية.

ولقد شجع التطور المذهل والسريع في عمليات زرع الاعضاء البشرية[١] المحاكم وعلى وجه الخصوص الالمانية على الحكم بالتعويض العيني لاصلاح الضرر المادي الجسدي. اذ جاء في قرار للمحكمة العليا في المانيا: ((يقضى بالتعويض للمتضرر بأن يرد الحال الى ماكان عليه قبل وقوع الضرر، في حالات الاعتداء العمدي على الكيان الجسدي، وكان بالامكان طبياً اذا خلا الامر من خطورة حقيقية على المسؤول والمتضرر))[٢]. وقد قضت محكمة براغ في ١٩٨٩/٢/١٧، بنقل (٥سم٢) من وجه المسؤول عن الضرر الى المدعية نتيجة القاء مادة محرقة على وجه المدعية في عملية اختطاف[٣]. وحكم القضاء الالماني في ١٩٩٢/٤/١٣، في قضية ملخصها قيام احد

(١) اذ بلغ التقدم الطبي شوطاً اصبح معه بالامكان جمع عظام الفك المتناثرة، وان يعوض الانسان عن أي جزء يفقد من جسمه، فيعطى له ذقن او انف جديد من العظام او الغظاريف او تركب له اجفان متحركة من شرائح الجلد، بل لقد اصبح بالامكان زرع حتى رموش العين، وتقدمت عمليات ترقيع الجلد حتى امكن اجراؤها على مساحات كبيرة قد تصل الى قدم -للتفصيل انظر:- د. شوقي عمر ابو خطوة، القانون الجنائي والطب الحديث، دراسة تحليلية مقارنة لمشروعية نقل و زرع الاعضاء البشرية، ط٢، مطبعة جامعة المنصورة، مصر، ١٩٩٤، ص٢٤. (اصل الكتاب اطروحة دكتوراه الدولة في القانون من جامعة ليموج، فرنسا (١٩٨٧)).

(٢) Benain Ohayon, these precitee, P.175.

(٣) Ibid, P.234.

خاص بموقع المنشاوي للدراسات والبحوث www.minshawi.com

الاشخاص بضرب الاخر على عينه محدثاً تمزق في شبكية العين، وطالب المتضرر بالتعويض العيني وتم نقل الشبكية من عين المسؤول عن الضرر الى المتضرر بنجاح تام[1]. وكما حكم هذا القضاء بنقل وزراعة الكلية من الجاني لانقاذ المجني عليه بسبب تعرض الاخير للضرب المتعمد من الجاني[2].

ولكن ماالذي يميز التعويض العيني بنقل وزراعة الاعضاء عن العقوبة ؟- ان الذي يميز هذا النوع من التعويض عن العقوبة هو امكانية تقديم المادة التأمينية من غير المسؤول عن الضرر. كأن يتفق المسؤول عن الضرر مع ورثة الميت او مع بعض الاشخاص المحكومين بالاعدام او المرضى الذين لايرجى شفاؤهم او غيرها من الطرق، ولكن بشرط التوافق بين المادة التأمينية المنقولة والجسم المستقبل بنسبة عالية تفوق او تساوي نسبة التوافق مع المادة التأمينية للمسؤول عن الضرر هذا من ناحية، ومن ناحية اخرى عدم مخالفة الاحكام القانونية الواردة عليه الاف الاستثناءات المتعلقة بهذا الشأن، مثل الاستفادة من اجسام الموتى بموافقة الورثة والمحكومين بالاعدام في جريمة القرصنة البحرية- ... وغيرها[3].

وبدورنا نتفق مع الرأي[4] الذي يذهب الى، ان هذا النوع من التعويض بنقل وزراعة الاعضاء يحقق العدالة. وعند مراجعة الكيفية التي طبق فيها الفقهاء المسلمون القصاص في الاضرار الواقعة من دون النفس، ويلاحظ ان اغلب الشروط التي نص

---

[1] Ibid, P.180.

[2] القرار اشار اليه، د. حسام الدين كمال الاهواني، مصدر سابق ، ص٦٢.

[3] Benain Dhayon, OP, cit, P.232.et Boiron Jeanlouis, Dommage Corporel, these, Paris, 1995, P.202.
ولمزيد من التفصيل انظر: د. عبد الحميد اسماعيل الانصاري، ضوابط نقل وزراعة الاعضاء البشرية في الشريعة والتشريعات العربية- دراسة مقارنة، ط١، دار الفكر العربي، القاهرة، ٢٠٠٠م، ص٤١ ومابعدها.

[4] نظام جبار طالب الموسوي، فكرة الضرر الجمالي، المصدر نفسه، ص١٥٩.

عليها فقهاء القانون الوضعي مطابقة للشروط الموضوعة من الفقهاء المسلمين[١]، ولما كان الامر في القصاص يحقق هدفين (الاول) العدالة و (الثاني) الردع والزجر، فالطريقة الحديثة تحقق هدفاً ثالثاً هو اعادة الحال الى ماكان عليه قبل الاصابة الجسدية وفي هذا العمل درء للمفسدة التي تلحق بالمتضرر[٢].

والمبدأ ذاته يبرر القول بأنه اذا كان الضرر الجسدي تمثل في تشويه او ضرر جمالي، وكان بالامكان طبياً ازالة هذا التشويه او التخفيف منه بعملية ترقيع او تجميل، وكان المدعي المتضرر قد اصر على هذا الشكل من التعويض العيني فانه يكون للقاضي الذي اقر المسؤولية على المدعى عليه ان يلزمه بنفقات تلك العملية لغرض اجرائها.

ولكن يرى الاستاذ "Benain Ohayon"، ان الضرر الجمالي هو الاثر النفسي الناتج عن الاصابة الجسدية اما الاصلاح الجراحي بوساطة الجراحة التجميلية فهو تعويض عن الضرر الجسدي، لذلك فلا يوجد تعويض عيني عن الضرر الجمالي ويقتصر الامر على التعويض النقدي[٣].

ويلاحظ على هذا الرأي، انه خلط بين السبب والمسبب من ناحية، ومن ناحية اخرى ينظر الى التعويض العيني بمفهومه الضيق. فالمسبب وهو الضرر الجسدي إذا زال بالتدخل الجراحي يزول السبب وهو الضرر الجمالي[٤]. والتعويض العيني بمفهومه العام يعني اعادة الحال الى ماكانت عليه. والحال الذي كان عليه المتضرر قبل الاصابة

---

[١] للتفصيل انظر: علاء الدين بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج٧، ط١، القاهرة(بدون سنة طبع)، ص٣٠٨-٣١٠.

[٢] انظر خلاف هذا الرأي: هيثم حامد خليل المصاره، عمليات زرع الاعضاء البشرية، دراسة مقارنة في القانون المدني، رسالة ماجستير، كلية القانون جامعة الموصل، ١٩٩٩م، ص٩٢. اذ لايوافق على عملية نقل وزرع الاعضاء على انه تعويض عيني ويرجح الحكم بالتعويض النقدي في الاصابة الجسدية.

[٣] Benaim Ohayon, these precitee, P.225.

[٤] انظر:- نظام جبار طالب الموسوي، مصدر سابق، ص١٥٦.

الجسدية هو الاستقرار النفسي، ولن يعود هذا الاستقرار او يقل الا بزوال الاصابة عن طريق التعويض العيني. وعليه فالجراحة التجميلية تحقق الاستقرار النفسي أي يزول الضرر الجمالي[1].

ومن المحتمل وبعد اكتشاف اشعة (الليزر-ارغون)- والتي تعمل على تصغير وتنظيم العظام بدقة متناهية وفي معالجة الاورام والتشوهات، والتي بفضلها حقق الطب في مجال زراعة ونقل الاعضاء البشرية وكذلك في مجال الجراحة التجميلية قفزة كبيرة- ان يصبح هذا النوع من التعويض العيني هو التعويض الاصلي بعد ان كان يمثل التعويض الاستثنائي في مسائل الضرر الجسدي[2].

ويلاحظ انه في حالة استحالة التعويض العيني، فيعمد الى تعويض الضرر الجسدي بتعويض نقدي. فاليد التي قطعت والساق التي بترت نتيجة حادث سيارة او فعل ضار غير مشروع، لن توصل، والعين التي فقئت لن يعود اليها نورها وابصارها[3].

ولانرى ان زراعة وتركيب الاطراف والاعضاء الاصطناعية الا تعويضاً عينياً ناقصاً..، وذلك لان زراعة وتركيب مثل هذه الاطراف والاعضاء، لايؤدي الى زوال الضرر واصلاح الاصابة الجسدية التي لحقت بالمتضرر هذا من جانب، ومن جانب اخر ان هذه الاعضاء قاصرة على ان تؤدي الوظيفة الجسدية نفسها التي كان يقوم بها

---

(١) انظر المؤيدين لهذه الفكرة: د. عاطف النقيب، مصدر سابق ، ص٤٠٤ وعبد السلام التونجي، مصدر سابق ، ص١٠٥ ود. شوقي عمر ابو خطوة، مصدر سابق ، ص٢٤ ونظام جبار طالب الموسوي، مصدر سابق ، ص ١٥٦ . وباسم محمد رشدي، الضرر المادي الناتج عن الاصابة الجسدية، رسالة ماجستير كلية القانون جامعة بغداد، ١٩٨٩م/ ص١٦٢.

(٢) M. Ruban et J. Vasslon et C. Burillon-Traitement desxanthe Lasmas par le Laser a argon- Technique, resultats a propos de 101 Cas. masson, Paris, 1996, P.442-445.

(٣) د. حسن علي الذنون، المبسوط، المصدر نفسه، ص١٨١ ف٤٠٥. د. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، ج١، مصادر الالتزام، مطبعة الفجالة الجديدة/ مصر/ ١٩٥٣، ص٥٠٦.

العضو الاصلي الذي فقد بسبب الاصابة الجسدية[1]. وبذلك فان مثل هذه الاطراف لن تحقق هدف التعويض العيني الكامل والذي يتمثل بصورة عامة باعادة الحال الى ماكانت عليه قبل الضرر الجسدي[2].

وان العملية الجراحية اذا نتج عنها الحد من العطل او العجز او التخفيف من التشويه فان الضرر الاصلي يقل مداه فلايبقى للمتضرر الحق في التمسك بتعويض كامل عن هذا الضرر. لكن القضاء بصورة عملية لايتوقف عند امكانية الحد من العجز الدائم او التشويه من خلال عملية طبية ملائمة، بل يعمد الى تقدير الضرر الجسدي الاصلي بمبلغ مقطوع يعده مغطياً للعجز الدائم واثره في الدخل. او يعده مبلغاً مصلحاً للضرر الناتج عن تشويه الجمال، ويرى جانب من الفقه جواز الجمع بين اجراء عملية جراحية للحد من العجز الدائم او التوشيه باعتبارها تعويضاً عينياً عن الضرر الجسدي وبين اعطاء المتضرر مبلغاً على انه تعويض بدلي يعد مقابلاً للضرر الباقي بعد اجراء العملية لان العملية لاتؤدي الى ازالة كل العجز او التشويه. وليس التعويض العيني مما يصعب او يستحيل تقديره واقراره، فالقاضي يستعين بالخبرة الطبية في تقديره لهذا التعويض، خاصة في مجال الطب الجمالي وهو طب متطور الان[3].

المطلب الثالث

[1] فيما عدا ذلك اذا كان الامر بعمل طقم اسنان جديد بدل الذي تحطم بسبب خطأ الطبيب او فعل ضار اخر. اذ ان عمل الاسنان الاصطناعية من شأنه ان يحقق نسبة عالية تماثل عمل او وظيفة الاسنان التالفة. قارن: اسماء صبر علوان العيثاوي، المسؤولية المدنية لطبيب الاسنان– دراسة مقارنة، رسالة ماجستير كلية الحقوق جامعة صدام، ٢٠٠٠م، ص١٤٥.

[2] انظر خلاف ذلك:– باسم محمد رشدي، مصدر سابق ، ص١٦٢. اذ أعدّ زراعة وتركيب الاعضاء الاصطناعية تعويض عيني.

[3] انظر : د. عاطف النقيب، مصدر سابق ، ص٤٠٥.

خاص بموقع المنشاوي للدراسات والبحوث www.minshawi.com

التعويض العيني وجزاء الحق العيني

يقصد بالحق العيني، سلطة يقررها القانون لشخص على شيء مادي معين تمكنه من استعمال هذا الشيء والانتفاع به على نحو او على اخر[١]. ويتميز هذا الحق عن الحق الشخصي بخصائص هي: حق التتبع، وحق الافضلية، وانه حق مؤبد، ويكتسب بالتقادم[٢]. ومنحت هذه الخصائص لهذا الحق حماية موضوعية خالصة في التشريعات المختلفة، بمعنى اخر بفضل هذه الخصائص تمتع هذا الحق بحماية كبيرة جداً اكبر من الحقوق الاخرى (الحقوق الشخصية والحقوق الفكرية). اذ يلزم الكافة بالامتناع عن التعرض لما يكفله القانون لصاحب هذا الحق من سلطة على الشيء محل الحق[٣].

ويلاحظ ان اهم ما يميز الحماية الموضوعية للحق العيني عن الحماية الشخصية للحقوق الاخرى مايأتي:

١- من حيث الضرر:- يوجب الضرر في الحماية الشخصية المسؤولية عند وجود خطأ لدى المسؤول. في حين الضرر نفسه وبحسن نية ومن دون تعدي على ملكية الاخرين ينشيء ضرراً من دون تعويض واحياناً مجرد انتهاك الحق وان لم يوجد ضرر. لذلك فان الضرر ليس اساسا للحماية الموضوعية للحق العيني[٤].

٢- من حيث الجزاء:- تطالب الحماية الموضوعية للحق العيني، دائماً، بالجزاء العيني وذلك بالاسترجاع، وهذا ينشأ من حق التتبع: لذلك فالمالك الذي يخرج الشيء المملوك من يده يمكنه ان يتتبعه ويحتج بحقه ضد أي حائز له. في حين في الحماية

---

(١) محمد طه البشير ود. غني حسون طه، الحقوق العينية، ج١، المصدر نفسه ، ص٥. د. حسن كيره، الحقوق العينية الاصلية، ج١، القاهرة ، ١٩٦٥، ف١٩.

(٢) محمد طه البشير ود. غني حسون طه، مصدر سابق ، ج١، ص٧و٨.

(٣) Ripert et Boulanger, Traite de droit civil, T2, Paris, 1957, n 42.

(٤) Demogue, OP, cit, n 416 et 491.

الشخصية فان الحق الشخصي لايخول صاحبه مثل هذا الحق، بل يخوله مطالبة مدينه بالقيام بعمل او بالامتناع عن عمل: اذ يكون الجزاء مرناً جداً وذا فارق بفضل حرية القاضي في اختيار طريقة التعويض[١].

ويرى جوسران "Josserand" ان الفاعل قد انتهك الحق بصورة متعمدة او خطأً، بوعي او من دون وعي، وقد تمرد ضد القانون: وعليه فان الحالة التي نجمت عن ذلك لاتكون ثابتة ويجب ان تزول وبأسرع وقت ممكن[٢].

بيد انه اذا كانت الحماية الموضوعية لاتوجب الخطأ او الضرر وتنتج دائماً عقوبة عينية فأنها تبدو، للوهلة الاولى، غريبة عن دراسة التعويض العيني. والواقع ان حق الملكية يكون ضامناً ضد تعدي الاخرين مثلما تجد المسؤولية اساسها في الضرر. وهذا مايظهر من دراسة حماية حق الملكية وحماية الحيازة وحقوق الارتفاق وحالة نزع الملكية، وسنتناول ذلك بالشكل الاتي:-

اولا: في حماية حق الملكية:

من تطبيقات القانون المدني العراقي بشأن اعتبار حماية الملكية تعويضاً عينياً، هو ماقضت به المادة (١٠٨٤ مدني)[٣] من اجبار صاحب السفل الذي هدم سفله تعدياً على اعادة بنائه. وكذلك مانصت عليه المادة (٢/١٠٨٨ مدني)[٤] بأنه ((واذا انهدم الحائط المشترك واراد احدهما اعادة بنائه وأبى الاخر يجبر الابي على البناء. ويجوز لشريكه بإذن المحكمة ان يعيد بناءه، ويرجع على الابي بنصيبه من نفقات البناء)). فالزام الشريك باعادة بناء الحائط هو تعويض عيني. ومنها ماقضت به المادة (١١١٩

---

[١] Planiol, Ripert et Picard, Traite pratique de droit civil Francais, T3, 2ed, les biens, Paris, 1952, n195.

[٢] Josserand, OP, cit, n 261. V. aussi "Savatier", OP, cit, n 593.

[٣] تقابلها المادة (٨٦٠) مدني مصري.

[٤] تقابلها المادة (٨١٥) مدني مصري.

مدني)[1]، التي تعطي لصاحب الارض حق طلب قلع المغروسات او المنشآت الاخرى التي اقيمت على ارضه ممن يعلم انها ليست ملكاً له. فالحكم بقلع المنشآت على نفقة المحدث يعدُّ تعويضاً عينياً. وهذا ماذهب اليه القضاء العراقي بالحكم بقلع المحدثات التي انشأها المدعي عليه في قطعة المدعي وتسليم القطعة لمالكها خالية من الشواغل[2]. وحكم هذا القضاء برفع التجاوز بازالة المنشآت عن ارض المدعي[3].

وتنص المادة (١/١٠٩٧) من القانون المدني العراقي على انه ((ليس لغير الشركاء في الطريق الخاص حق المرور فيه او فتح باب عليه)). وقد حكم القضاء العراقي بالزام المدعى عليهم بغلق الباب الخلفية والمطلة على ارض المدعي[4].

هذا ويلاحظ ان المادة (٢/١٢٥٨) من القانون المدني العراقي[5]، اجبرت المالك الذي تسبب بهلاك العين بخطئه على اعادة الشيء الى اصله مع تعويض المنتفع عن المدة التي حرم خلالها من الانتفاع. وبالعكس اذا كان الهلاك بخطأ المنتفع، كان ملزماً باعادة الشيء الى اصله على سبيل التعويض[6]. وهذا ماقضت به محكمة التمييز

---

(١) تقابلها المادة (٩٢٤) مدني مصري.

(٢) قرار محكمة التمييز رقم ٣٥٤/ مدنية اولى/٩٠ في ١٩٩٠/١٠/٣٠ منشور في مجموعة ابراهيم المشاهدي، مصدر سابق ، ج٢، ص١٦٢.

(٣) قرار محكمة التمييز رقم ١٠٣٧/ مدنية اولى/ ٩٠ في ١٩٩١/٩/٤ منشور في المصدر السابق، ج٢، ص١٦٤. وكذلك القرار رقم ٩٧/ موسعة اولى/ ٩٢ في ١٩٩٢/٥/١٦ منشور في المصدر السابق، ج٢، ص١٧١.

(٤) وذلك في دعوى رفعها المدعي طالب فيها غلق الابواب المحدثة على قطعته من المدعى عليهم، وقد تبين للمحكمة من خلال الكشف بأن دار المدعى عليهم لها باب رئيسي مطل على الشارع العام في قرية الزهيرات (ناحية ابي صيدا- محافظة ديالى) وتبين كذلك ان فتح الباب الخلفي لدار المدعى عليهم لامبرر له اذ لايوجد حق مرور لهم على القطعة العائدة للمدعي. قرار محكمة بداءة ابي صيدا في الدعوى المرقمة ٨١/ب/٢٠٠٠ في ٢٠٠٠/١٢/٥- (القرار مكتسب الدرجة القطعية)- القرار غير منشور.

(٥) تقابلها المادة (٢/٩٩٤) مدني مصري.

(٦) انظر : د. محمد علي عرفة، مصدر سابق، ص٦٧٥.

العراقية، بأنه يجب ان يكون تقدير كلفة اعادة الاجزاء المتضررة الى حالتها السابقة متناسباً مع الضرر ومن دون مغالاة[١].

وتنص المادة (١/١٠٥٧) من القانون المدني العراقي على انه ((حريم الابار والينابيع والترع الخاصة والمساقي والقنوات والمصارف ملك اصحابها، ولايجوز لغيرهم ان يتصرف فيها بوجه من الوجوه. فمن حفر بئراً في حريم بئر مملوك لشخص اخر اجبر على ردمه. لكن اذا حفر البئر خارج هذا الحريم، فلا يجبر على الردم حتى لو اخذ بئره ماء البئر الاول)).

ويلاحظ على هذا النص، ان حريم الابار مظهر من مظاهر حق الملكية وليس قيداً يرد على حق الملكية[٢]. فاذا حفر احد بئراً في حريم بئر مملوك لاخر فانه يجبر على ردمه. وهذا يعني ان لمالك البئر ان يستأثر بالانتفاع بها ويحول من دون انتفاع الغير بها.

ثانياً: في حماية الحيازة:-

عرفت المادة (١/١٤٥ مدني عراقي) الحيازة بأنها ((وضع مادي به يسيطر الشخص بنفسه او بالوساطة سيطرة فعلية على شيء يجوز التعامل فيه او يستعمل بالفعل حقاً من الحقوق)) فيتضح اذن ان الحيازة بمعناها القانوني مجرد وضع واقعي ينطوي على مباشرة الحائز سلطة فعلية على الشيء، سواء أ كانت هذه السلطة مستندة الى حق ام لاتستند الى أي حق[٣].

---

[١] قرار محكمة التمييز رقم ١١٤١/ مدنية اولى/٩٢ بتاريخ ١٩٩٢/١٠/٦. القرار منشور في مجموعة، ابراهيم المشاهدي، مصدر سابق، ج٤، ص١٤٨.

[٢] محمد طه البشير ود. غني حسون طه، مصدر سابق، ج٢، ص٨١.

[٣] Ripert et Boulanger, OP, cit, n 2282.

خاص بموقع المنشاوي للدراسات والبحوث www.minshawi.com

ويحمي القانون الحيازة لذاتها ويرتب عليها اثارها سواء أ كانت تستند الى حق للحائز ام لاتستند الى أي حق[١]. ويلاحظ ان هذه الحماية الخاصة للحيازة والتي لاتكون سوى حماية لحق عيني مفترض تبدو انها تقترب من المسؤولية المدنية. ويذهب الاستاذ ديموج "Demogue" الى القول بهذا الصدد "يشتمل التعويض العيني على اعادة الملكية او الحيازة للشيء الذي انتزعت حيازته"[٢]. وهذا يمنح التعويض العيني معناً واسعا جدا. وبدورنا نتفق مع هذا القول ونرى بأنه لايكفي لاجل تمييز الحيازة عن التعويض العيني التركيز على الاختلافات بينهما كالاهلية وسنوية الحيازة وصفاتها هادئة وظاهرة وغير غامضة.. الخ. فان هذه الشروط تشير الى وجود الحيازة وليس الى حمايتها. ولايسعنا البحث عن طرق حماية الحيازة بعد ان حدد المشرع العراقي ثلاث دعاوي لحماية الحيازة هي:- دعوى استرداد الحيازة ودعوى منع التعرض ودعوى وقف

---

(١) محمد طه البشير ود. غني حسون طه، مصدر سابق، ج١، ص٢٠٠.

(٢) Demogue, OP, cit, n 491.

خاص بموقع المنشاوي للدراسات والبحوث www.minshawi.com

الاعمال الجديدة[١]. وسنتناول فيما يأتي كل دعوى من هذه الدعاوي من دون الخوض في تفاصيلها[٢]:-

١- دعوى استرداد الحيازة:- ترمي هذه الدعوى الى اعادة وضع يد الحائز على العقار الذي سلبت منه حيازته[٣]. ويشترط في هذه الدعوى ان يطلب حائز العقار الذي انتزعت منه الحيازة استردادها في خلال سنة من تاريخ انتزاعها. واذا كان انتزاع الحيازة خفية فان سريان المدة تبدأ من وقت ان ينكشف ذلك. واذا اراد الحائز استرداد العين وكان المسترد ومنتزع الحيازة لم تمض على حيازته سنة كاملة حكم لمصلحة من كانت حيازته افضل. والحيازة الفضلى هي الحيازة التي تقوم على سند قانوني. فاذا لم يكن لدى أي من الحائزين سنده او تعادلت سنداتهما كانت الحيازة الاحق بالتفضيل الحيازة الاسبق في التاريخ (المادة ١١٥٠ مدني عراقي)[٤].

وترى لوسيان ربير "L. Ripert":- ان فكرة التعويض العيني في دعوى استرداد الحيازة تفترض:- ان الملكية تنتقل الى المغتصب ويشتمل التعويض العيني على اعادة الشيء مرة ثانية الى المالك الحقيقي"[٥].

ونعتقد ان هذا الرأي منتقد للاسباب الاتية:-

---

[١] لاتحمي هذه الدعاوى سوى حيازة العقارات اما بالنسبة للمنقولات فأن قاعدة ((الحيازة في المنقول سند الملكية)) تجعل هذه الدعاوي عديمة الجدوى، كما وان المنقولات غالباً ماتكون قليلة الاهمية بالقياس الى العقارات. ولهذا فان القوانين الحديثة قصرت هذه الدعاوى على حماية العقار من دون المنقول. انظر في هذا المعنى: محمد طه البشير ود. غني حسون طه، مصدر سابق، ج١، ص٢١٥.

[٢] فالمجال المعتاد لتفاصيل الدعاوى هو في شروح قوانين المرافعات، وهذا خارج نطاق رسالتنا.

[٣] محمد طه البشير ود. غني حسون طه، مصدر سابق ، ج١، ص٢١٦.

[٤] تقابل المواد (٩٥٨ و٩٥٩) من القانون المدني المصري. والحكم نفسه في القانون المدني الفرنسي .

[٥] Lucienne Ripert, these precitee, n 45.

أ- لايمكن وصف دعوى استرداد الحيازة بأنها تعويض عيني الا اذا رفعت هذه الدعوى في خلال اقل من سنة من تاريخ انتزاع الحيازة. وفقاً لشروط هذه الدعوى المبينة اعلاه.

ب- انه يمكن اقامة هذه الدعوى على حائز حسن النية وبسبب صحيح وهذا مانصت عليه المادة (١١٦٤ مدني عراقي) بأنه (...، يجوز لمالك المنقول او السند لحامله اذا كان قد اضاعه او خرج من يده بسرقة او غصب او خيانة امانة ان يسترده ممن يكون حائزا له بحسن نية وبسبب صحيح في خلال ثلاث سنوات من وقت الضياع او السرقة او الغصب او خيانة الامانة)[1]. وعليه وفقاً لهذه المادة فانه لايشترط ان يكون الحائز مغتصباً.

٢- دعوى منع التعرض:- تهدف هذه الدعوى الى حماية يد الحائز من كل تعويض يعكر عليه حيازته وقد يكون هذا التعرض مادياً، كاقامة اسلاك الكهرباء على سطح البناء او البناء على الارض او بذر البذور فيها او حفر حفرة في الارض. وقد يكون هذا التعرض قانونياً[2]، كالانذار الذي يوجه الى الحائز بطلب ازالة الزراعة او قلع المحدثات القائمة على الارض او تنفيذ حكم على عقار في حيازة شخص لم يكن طرفاً في الدعوى التي صدر فيها الحكم. فللحائز ان يلتجيء الى القضاء لوقف التعرض وحماية حيازته من الاعتداء بشرط ان تكون حيازته للعقار قد استمرت لمدة سنة على الاقل قبل حصول التعرض، وان ترفع دعوى منع التعرض في خلال سنة من تاريخ التعرض (المادة ١١٥٤ مدني عراقي)[3].

---

[1] تقابلها المادة (٩٦٠) من القانون المدني المصري.

[2] يراد بالتعرض القانوني، كل عمل قانوني يتعارض مع حقوق الحائز ويكون من شأنه ان يجعل الحيازة محل نزاع او خصومة امام القضاء. انظر :- محمد طه البشير ود. غني حسون طه، مصدر سابق ، ج١، ص٢١٦.

[3] تقابلها المادة (٩٦١) من القانون المدني المصري.

وبذلك فان دعوى منع التعرض تعد تطبيقا من تطبيقات التعويض العيني وان كانت شروط هذه الدعوى تضيق من نطاق هذا التطبيق بتحديد اقامة الدعوى في خلال اقل من سنة.

٣- دعوى وقف الاعمال الجديدة:- هذه الدعوى يرفعها الحائز الذي يخشى التعرض له من اعمال جديدة تهدد حيازته ويطلب فيها وقف هذه الاعمال. ويراد بالاعمال الجديدة الاعمال المادية، كما لو بدأ شخص ببناء حائط لو تم لسد النور على مطل للجار وتقدير ما اذا كانت هذه الاعمال لو تمت ستهدد حيازة المدعي ام لا امر متروك لفطنة القاضي[١]. ويشترط ان يكون المدعي قد وضع يده على العقار لمدة لاتقل عن سنة وان ترفع هذه الدعوى قبل تمام الاعمال الجديدة، وعلى كل حال قبل انقضاء سنة على البدء فيها (المادة ١١٥٥ مدني عراقي)[٢].

وقد اكد القضاء الفرنسي ان المالك يستطيع رفض كل فعل غير ضار منجز على ارضه او داخل المجال الجوي الذي يمكن ان يكون مالكه[٣].

ويلاحظ ان هذه الدعوى تعدّ من تطبيقات التعويض العيني وذلك بالحكم بمنع الاعمال الجديدة وازالة الضرر.

ثالثا: في حماية حقوق الارتفاق

يقصد بحق الارتفاق، حق يحد من منفعة عقار لفائدة عقار غيره يملكه مالك اخر.

ويتقيد مالك العقار المرتفق بقيدين في مباشرته الاعمال الضرورية لاستعمال حق الارتفاق: (الاول) ان يكون الاستعمال باقل ضرر ممكن، فلا يجوز له ان يسلك في

---

(١) محمد طه البشير ود. غني حسون طه، ج١، مصدر سابق ، ص٢١٧.

(٢) تقابلها المادة (٩٦٢) من القانون المدني المصري.

(٣) نقض فرنسي في ٧/ اذار ١٩٣٤ وفي ٣/ حزيران ١٩٤١ مشار اليه في:-
Aktham El-Kholy, these precitee, n 143, P.128.

استعماله سبيلا مضراً اذا كان هنالك سبيل اقل ضرراً منه، مثل: الحكم بالزام المدعى عليه في حق المسيل باستعمال الانابيب الحديدية لاجراء المياه القذرة عبر العقار المرتفق به؛ لانها اقل ضرراً من استعمال انابيب من الفخار[1]. (الثاني) عدم جواز ترتيب اية زيادة في عبء الارتفاق بسبب مايستجد من حاجات العقار المرتفق. (المادة ١٢٧٦ مدني عراقي)[2].

وفرضت المادة (١/١٢٧٨)[3] من القانون المدني العراقي، على مالك العقار المرتفق به التزاما سلبيا: هو الامتناع عن كل عمل من شأنه ان يؤدي الى الانتقاص من استعمال حق الارتفاق او يعرقل الاستفادة منه او يجعله اكثر مشقة. ويترتب على ذلك ان ليس لمالك العقار المرتفق به، على الرغم من كونه مالكا ان يعرقل استعمال صاحب حق الارتفاق لحقه كأن يضع مايمنع مرور الماء في المجرى[4]. ويجب على مالك العقار المرتفق به الامتناع عن تغيير موضع حق الارتفاق، الا اذا اصبح هذا الارتفاق مانعاً من احداث التحسينات في العقار المرتفق به فيجوز له طلب نقل الارتفاق الى موضع اخر من العقار او الى عقار اخر يملكه اجنبي اذا قبل الاجنبي ذلك مع مراعاة عدم الاضرار بحقوق صاحب الارتفاق حالا او مستقبلاً[5]، ويجوز لمالك العقار المرتفق

---

(١) عبد الرحمن خضر، شرح القانون المدني، بغداد، ١٩٥٣، ص٢٥٩.

(٢) وقد تأثر المشرع العراقي في اقرار هذين القيدين بالقانون المدني الفرنسي (المادة ٤٠٢ منه) والقانون المدني المصري (المادة ١٠٢٠ منه).

(٣) تقابلها المادة (١/١٠٢٣) من القانون المدني المصري.

(٤) محمد طه البشير ود. غني حسون طه، مصدر سابق ، ج١، ص٣٣٤.

(٥) اذ قضت محكمة التمييز العراقية بانه ((اذا ادعى المدعي ان المدعي عليه قام بردم مجرى النهر وتغيير مساره الاصلي فيتعين- بعد اثبات الدعوى- ان تستعين المحكمة بخبراء للوقوف عما اذا كانت الاعمال الجديدة المذكورة تمنع المدعي من سقي ارضه او تسبب ضرراً له ثم الفصل في الدعوى في ضوء تقريرهم)) القرار رقم ٥٨٤/ مدنية اولى/ ٩٢ في ١٩٩٢/٦/٢٨. القرار منشور في مجموعة ابراهيم المشاهدي، مصدر سابق ، ج٣، ص٢٠٩.

المطالبة بتغيير موضع الارتفاق اذا كان هذا التغيير يزوده بفائدة محسوسة من دون الاضرار بالعقار المرتفق به (المادة ٣/١٢٧٨ مدني عراقي)[١].

وقد اشار القانون المدني العراقي الى الارتفاقات السلبية في المادة (١/١٢٧٤)[٢] ويكون الارتفاق سلبيا، اذا كان لايخول صاحب العقار المرتفق الحق في القيام باعمال ايجابية على العقار المرتفق به (مثل: المرور والمجرى والمسيل) بل يقتصر اثره على الزام صاحب العقار المرتفق به بالامتناع عن القيام ببعض الاعمال التي يملك اصلاً صاحب العقار القيام بها مثل: الارتفاق بعدم البناء او بعدم الارتفاع بالبناء اكثر من حد معين. وقضت المادة (٢/١٢٧٤ مدني عراقي) على انه ((وكل ضرر ينشأ عن مخالفة هذه القيود، تجوز المطالبة باصلاحه عيناً، الا اذا تبين ان الحكم بالتعويض جزء عادل فيه الكفاية)).

اذ يتضح من ظاهر المواد السابقة ان المشرع العراقي نص على ان يكون الاصل في الجزاء المترتب على انتهاك الالتزام السلبي في حقوق الارتفاق الحكم بالاصلاح العيني. سواء أكان المسؤول مالك العقار المرتفق ام مالك العقار المرتفق به.

بيد انه استثنى في المادة (٢/١٢٧٤ مدني عراقي) حالة اذا كان الحكم بالتعويض النقدي جزءا عادلا فيه الكفاية. كما اذا تبين للقاضي ان الاصلاح العيني فيه ارهاق لصاحب العقار المرتفق به، ومثال ذلك:- اذا طلب المدعي ازالة بناء ضخم اقامه مالك العقار المرتفق به مخالفا لما فرض عليه من التزامات، فيجوز في هذه الحالة الاكتفاء بالحكم بالتعويض النقدي. ويلاحظ ان هذه الفقرة تحيلنا الى الحكم الخاص بعجز المدين عن تنفيذه التزامه الوارد في المادة (٢/٢٤٦ مدني عراقي) -سالفة الذكر-، وبما ان هذه المادة الاخيرة تطبق فكرة الحكم بالتعويض النقدي اذا كان التنفيذ العيني مرهقا للمدين مع مراعاة ان لايلحق بالدائن ضررا جسيما، فانه يمكن القول ايضا ان مسلك

---

[١] لايوجد في القانون المدني المصري نصا يقابل حكم المادة (٣/١٢٧٨) من القانون المدني العراقي.

[٢] تقابلها المادة (١٠١٨) من القانون المدني المصري.

المشرع العراقي واحد في المادتين (٢/٢٤٦ و٢/١٢٤٧). ويجب الالتفات الى ان هذا الحكم (بالتعويض النقدي) لايستبعد احتمالية الحكم باطفاء حق الارتفاق وان كان مالك العقار المرتفق حسن النية في تجاوزه. ونرى ان فكرة الحماية الموضوعية لحقوق الارتفاق تقترب من الحماية الشخصية للمسؤولية وذلك لتحقق ثلاثة شروط لترتيب الحماية الموضوعية وهي[١]:- لزوم الضرر ولزوم خطأ ما وحرية القاضي في اختيار الجزاء (عينيا او نقديا).

رابعا:- حالة نزع الملكية:-

بدءً، لابد من القول: انه لايجوز نزع الملكية الخاصة الا للمنفعة العامة وفي الاحوال التي يقررها القانون، وذلك لان الملكية حق مصون لايجوز الاعتداء عليه وحرمان المالك منه. ولهذا فقد نصت المادة (١٠٥٠) من القانون المدني العراقي على انه ((لايجوز ان يحرم احد من ملكه الا في الاحوال التي قررها القانون وبالطريقة التي يرسمها. ويكون ذلك مقابل تعويض عادل يدفع اليه مقدماً)). وقد حرص المشرع العراقي في قانون الاستملاك العراقي رقم (١٢) لسنة ١٩٨١، على تنظيم احكام التعويض بشكل مفصل[٢].

وقد يثار التساؤل الاتي، هل يمكن ان نسمح بنزع الملكية للمصلحة الخاصة في حالة التعدي على الارض المجاورة، من مالك لاينعم بحق الارتفاق ؟ وتثار هذه المشكلة في اكثر الاحيان عمليا في حالة تعدي المالك في البناء بلا ترو على عقار الجار من خلال بنائه.

---

[١] انظر انفا ص١٥٥ من هذه الرسالة، بشأن الحماية الشخصية والحماية الموضوعية.

[٢] انظر الباب الاول من هذه الرسالة، ص٦٢ .

ذهب القضاء الفرنسي الى الحكم بهدم البناء سواء أ كان الباني سيء النية ام حسن النية، وان كان الجار قد اهمل تحرير خارطة لتخطيط حدوده، وذلك لانه لايمكن نـزع الملكية الا للمنفعة العامة هذا من جانب. ومن جانب اخر، ان خطأ الجار بعدم تحريـره للخارطة لايعادل خسارة ملكه، ومهما قلت قيمة التعدي فانه يلحق ضـررا بالملكيـة، ويجب احترام الحق المقدس للملكية وفقا للمـواد (٥٤٥ و٥٥٥ مـن القـانون المـدني الفرنسي)[1]. ومع ذلك، فقد سمحت المحكمة العليا في احد قراراتها لمالـك الارض ان يتملك البناء عن طريق الشفعة مقابل ان يدفع الى الباني الزيادة التي طرأت على قيمـة العقار، مبررة قرارها من وجهة النظر الاقتصادية فان الهدم يكون حـلا سـيئا وضـد وجهة نظر الاغناء الوطني[2].

غير ان القانون المدني المصري والقوانين المتأثر به جاءت بحكم مغـاير للحكـم المتقدم، وهو نص المادة (٩٢٨) التي تقضي:- ((اذا كان مالك الارض وهو يقيم عليها بناء قد جار بحسن نية على جزء من الارض الملاصقة، جاز للمحكمة اذا رأت محـلا لذلك ان تجبر صاحب هذه الارض على ان يتنازل لجاره عن ملكية الجـزء المـشغول بالبناء، وذلك نظير تعويض عادل)).

ويلاحظ على هذا النص، ان المشرع المصري عالج مسألة عملية هامة هي حالـة ما اذا كان الباني يبني اصلا في ارضه فجاوزها بحسن نية الى جزء صغير ملاصـق من ارض جاره[3]. فللمحكمة في هذه الحالة، بدلا من ان تأمر بازالة البناء، ان تقتصر على تعويض صاحب الارض الملاصقة تعويضا نقديا، بأن ينزل هذا عن ملكية الجزء المشغول بالبناء في نظير تعويض عادل. وذلك لان التعويض العيني، حتـى وان كـان

---

(١) انظر قرارات محكمة النقض الفرنسية اشار اليها:- Aktham El-Kholy, these precitee, P.133.

(٢) قرار المحكمة العليا الفرنسية لسنة ١٩٣٤ مشار اليه في المصدر السابق، P134.

(٣) د. محمد علي عرفه، مصدر سابق ، ص٦٣٤.

ممكنا قد يكون مرهقا للمدين، ولاينجم عن الاقتصار على التعويض النقدي ضرر جسيم يلحق بالدائن[١].

المطلب الرابع

مضايقات الجوار

تمثل دراسة طريقة التعويض فيما يخص مضايقات الجوار اهمية عملية. اذ يمارس القاضي حريته في اختيار طريقة التعويض، وخير دليل على ذلك كثرة الدعاوى المتعلقة بعلاقات الجوار. وبذلك سنوضح الصفة العملية لمشكلة الجزاء العيني. في هذا السياق ونبدأ بتحديد نوع الضرر، والاساس الذي تبنى عليه هذه المسؤولية، ومن ثم حكم المسؤولية، واخيرا نبين الضوابط التي يسترشد بها القاضي في اختيار طريقة التعويض. ولبيان ذلك يقتضي دراسة كل حالة من هذه الحالات دراسة مفصلة وعلى الشكل الاتي:-

اولا:- تحديد نوع الضرر:-

نصت المادة (١/١٠٥١) من القانون المدني العراقي على انه (لايجوز للمالك ان يتصرف في ملكه تصرفا مضرا بالجار ضررا فاحشاً. والضرر الفاحش، يزال سواء أ كان حديثا ام قديما)[٢].

ويلاحظ على هذا النص ان المشرع العراقي لم يبين المقصود بالضرر الفاحش، ولهذا ينبغي الرجوع الى الفقه الاسلامي الذي اقتبس منه المشرع هذا المعيار.

---

[١] د. السنهوري، الوسيط، مصدر سابق ، ف٤٤٠ ص٧٩٩.

[٢] تقابلها (المادة ٢٤٨) من مشروع القانون المدني لسنة ١٩٨٦ و (المادة ٦٥) من قانون الملكية العقارية اللبناني.

والضرر الفاحش، كما عرفته المادة (١١٩٩) من المجلة (هو كل مايمنع الحوائج الاصلية يعني المنفعة الاصلية المقصودة من البناء مثل السكنى او يضر بالبناء ويكون سبب انهدامه)[١] وقد ذهبت محكمة التمييز الى ان مايعدّ ضررا فاحشا في الشريعة الاسلامية يمكن اعتباره كذلك في ظل القانون العراقي[٢].

ويترادف مع الضرر الفاحش الضرر غير المألوف. بيد وقد رجح معيار الضرر غير المألوف في القانون المدني المصري[٣]، اذ نصت المادة (٨٠٧ مدني مصري) على انه ((على المالك الا يغلو في استعمال حقه الى حد يضر بملك الجار. وليس للجار ان يرجع على جاره في مضار الجوار المألوفة التي لايمكن تجنبها، وانما يطلب ازالة هذه المضار اذا تجاوزت الحد المألوف، على ان يراعي في ذلك العرف، وطبيعة العقارات، وموقع كل منها بالنسبة الى الاخر، والغرض الذي خصصت له، ولايحول الترخيص الصادر عن الجهات المختصة من دون استعمال هذا الحق)).

يتضح مما تقدم ان المبدأ الاساس الذي وضعه المشرع العراقي، هو ان على المالك التزاما سلبيا بالامتناع عن استعمال حقه فيما يضر بملك الجار ضررا فاحشا او غير مألوف. فمناط المسؤولية اذن هو تجاوز الحد المألوف في استعمال الملك. وفيما يحدث للجار من ضرر، فليس كل عمل ضار بالجار موجب لمسؤولية المالك حتما، بل يجب

---

[١] اما الضرر غير الفاحش فهو الذي يؤدي الى منع او تعطيل المنافع التي لاتعدّ من الحوائج الاصلية كسد الهواء والنضارة ومنع دخول الشمس. اما سد الضياء بالكلية فهو ضرر فاحش. فاذا احدث رجل بناء فسد بسببه شباك بيت جاره وصار بحال لايقدر على القراءة معها من الظلمة فله ان يكلفه برفعه (م١٢٠١ مجلة).

[٢] قرار محكمة التمييز العراقية رقم ٨٣٠/ص/٩٦٨ في ١٤/٥/١٩٦٨. القرار مشار اليه في : محمد طه البشير و د . غني حسون طه ، ج١ ، مصدر سابق ، ص ٧٢ ،هـ١ .

[٣] المصدر السابق، ص٧٢.

التسامح في الضرر الذي تقتضيه طبيعة الجوار. وبعبارة اخرى لامسؤولية عما يعدّ من مضايقات الجوار العادية، والا غُلت ايدي الملاك عن استعمال حقوقهم[١].

ثانيا:- اساس مسؤولية المالك:-

لم ترد نصوص في القانون المدني الفرنسي تنظم مسؤولية المالك عن مضار الجوار غير المألوفة. ولكن ذلك لم يمنع الفقه والقضاء الفرنسيين من تقرير هذه المسؤولية. على انه يلاحظ ان الفقهاء وان اقروا جميعا مبدأ تقييد سلطات المالك لمصلحة الجوار ومساءلته عن الاضرار غير المألوفة التي يسببها لجيرانه، فانهم قد اختلفوا في الاساس الذي تبنى عليه هذه المسؤولية.

اما في الفقه العربي مع ان هذه المسؤولية قد تقررت بنصوص صريحة في القوانين العربية، فان الرأي لم يستقر بعد على اساس هذه المسؤولية.

ويمكننا تلخيص الاراء المختلفة بشأن اساس هذه المسؤولية بما يأتي:-

<u>الرأي الاول</u>:- يقيم اصحاب هذا الرأي هذه المسؤولية على نظرية التعسف في استعمال الحق ويرون في النصوص التي تقرر هذه المسؤولية مجرد تطبيق من تطبيقات نظرية التعسف في استعمال الحق[٢].

---

[١] محمد طه البشير ود. غني حسون طه، المصدر السابق ، ص٧٠. د. محمد علي عرفه، مصدر سابق،ص٥٥٨

[٢] محمد طه البشير ود. غني حسون طه، مصدر سابق ، ص٧٧. د. حسن علي الذنون، الحقوق العينية الاصلية، بغداد، ١٩٥٤، ف٣٨. د. صلاح الدين الناهي، الوجيز في الحقوق العينية الاصلية، بغداد، ١٩٦٠، ص٨٦. د. حسن كيره، الحقوق العينية الاصلية، المصدر نفسه ، ص٥٠. د. منصور مصطفى منصور، حق الملكية في القانون المصري، القاهرة، ١٩٦٥، ف٢٥. د . جميل الشرقاوي ، الحقوق العينية الأصلية ، ج١،حق الملكية ، دار النهضة العربية للطباعة و النشر ، القاهرة ، ١٩٧٤ م ، ص٨١ و٨٢ . وفي الفقه الفرنسي انظر:-
Planiol, OP, cit, T2, n 872. Leyet, OP, cit, P.158. Colin et Capitant et Juliot, Traite Pratique de droit civil. T2, Paris, 1959, n 142.

خاص بموقع المنشاوي للدراسات والبحوث www.minshawi.com

وقد اصدرت محكمة النقض الفرنسية قرارا بأن اقامة عواميد عالية في ارض المالك بقصد عرقلة هبوط الطائرات في ارض جاره لاجباره على شرائها منه، يعدّ اساءة لاستعمال الحق لانه لم يكن له قصد سوى اذى جاره[1].

ويؤخذ على هذا الرأي[2] ، ان التعسف يقتصر على حالات معينة لاتندرج تحتها حالة مضار الجوار الفاحشة[3]. اذ ان اول صورة[4]، للتعسف هي التي يتعمد فيها المالك الاضرار بجاره يضاف اليها صورتان اخريان هما رجحان مصلحة الجار رجحاناً كبيرا وقصد المالك تحقيق مصلحة غير مشروعة ولاشيء من هذه الصور تتحقق في حالة مضار الجوار الفاحشة[5]. وقد قضت المحاكم الفرنسية بالتعويض مع عدم وجود نية الاضرار بالغير بل لان الضرر محتم، مثل الدخان الذي يتصاعد من المدفآت او المصانع او الروائح التي تنتشر من المعامل[6].

---

(1) نقض فرنسي في ١٣/اب/١٩١٥. مشار اليه في :- د. عبود عبد اللطيف البلداوي، التزامات الجوار، بحث منشور في مجلة القضاء، العدد (١) و(٢)، السنة ٢٩، بغداد ، كانون- حزيران عام ١٩٧٤، ص٤٥.

(2) لمزيد من التفصيل انظر:- د. محمد احمد رمضان، المسؤولية المدنية عن الاضرار في بيئة الجوار، دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقوانين الوضعية، اطروحة دكتوراه، مقدمة الى كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٩٣م، ص١١٥-١١٨.

(3) يلاحظ ان التشريعات المدنية العربية في كل من الكويت والاردن والسودان والامارات، لم تجتزيء بايراد المعايير الثلاثة الواردة في المادة (٧) من القانون المدني العراقي بل اضافت معيارا رابعا:-
يقوم تارة على اعتبار استعمال الحق غير مشروع اذا تجاوز ماجرى عليه العرف والعادة كما في القانون المدني الاردني (٦٦)، و القانون السوداني م(٢٩)، والقانون الاماراتي في م(١٠٦). ويقوم تارة اخرى على اعتبار استعمال الحق غير مشروع اذا كان من شأنه ان يلحق بالغير ضررا فاحشا غير مألوف كما في القانون المدني الكويتي في م(٣٠).

(4) انظر المادة (٧) من القانون المدني العراقي. والمواد (٥ مدني مصري) و(٦ مدني سوري) و (١٢٤ موجبات لبناني) مقابلة.

(5) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط، ج٨، دار النهضة العربية للنشر والطباعة، القاهرة، ١٩٦٧، ص٧٠٤-٧٠٥.

(6) نقض فرنسي في ٢٣/ اذار/١٩٢٧. مشار اليه في، د. عبود عبد اللطيف البلداوي، مصدر سابق ، ص٤٦.

كما ان التوسع في نظرية التعسف في استعمال الحق يؤدي الى طمس معالم هـذه النظرية واختفاء حدودها ويفوت الغرض الذي قصد اليه المشرع من وضـعه لمعـايير تهيء للقاضي ضوابط محددة ولايترك امامه مجالا للاجتهاد[١].

الرأي الثاني:- يرى البعض ان مبنى المسؤولية هو طبقاً لنظرية تحمـل التبعـة. فالمالك قد الحق بنشاطه وهو يستعمل حق ملكيته ضرراً فاحشاً بالجار. اذ الاولـى ان يتحمل تبعة نشاطه في استعماله حق ملكيته. فهذا المستفيد من هذا الاسـتعمال فعليـه الغرم كما كان له الغنم[٢]. وعلى هذا الاساس حكم: ((بأنه مهما يكن من شأن ما اتخـذ من اتقان في بناء المصنع، وماروعي من حيطة في منـع تـسرب الـدخان وانتـشار الرائحة، فان صاحبه يلزم بالتعويض عما يصيب الغير من مضار بسبب هذا الجـوار، اذا كانت هذه المضار جسيمة، او لايمكن تحملها))[٣].

بيد ان هذا الرأي محل نظر، فهو لايستقيم الا بوجود نص قانوني ولايمكن اعمالـه في المدونات التي خلت من النص على التزامات الجوار (مثل القانون المدني الفرنـسي والكويتي)[٤]، اضافة الى ذلك يبدو ان عبارات المادة (١٠٥١ مدني عراقي) لاتشير الى ملامح هذه النظرية[٥].

---

(١) د. عبد المنعم فرج الصده، حق الملكية، ط٢، مطبعة مصطفى الجلبي، القاهرة، ١٩٦٧، ص٩١.

(٢) د. سعيد عبد الكريم مبارك، شرح الحقوق العينية الاصـلية، بغـداد، ١٩٧٣م، ص٥٣. وانظـر فـي الفقـه الفرنسي:- Josserand, De L'esprit de droit, 2 ed, Paris, 1939, P.335.

(٣) محكمة استئناف بروكسل في ٢٠/ مايس ١٨٥٧م. اشار اليه، حسين عامر، التعسف في اسـتعمال الحقـوق والغاء العقود، المصدر نفسه ، ص١١٦.

(٤) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج٨، ص٧٠٧.

(٥) وليد خالد عطية الجابري، فكرة الالتزام العيني وتطبيقاتها في القانون المـدني – دراسـة المقارنـة، رسـالة ماجستر مقدمة الى كلية القانون جامعة بغداد، ١٩٩٧م، ص١٣٤.

الرأي الثالث:- ويرى هذا الرأي ان مبنى المسؤولية على اساس الاثراء بلا سبب. فالمالك قد اثر على حساب الجار والجار قد اصابه ضرر فاحش فافتقر فوجب على المالك المثري ان يرد للجار المفتقر اقل القيمتين.

بيد ان هذا الرأي محل نظر اذ انه اذا كان من المحقق ان الجار الذي اصابه ضرر فاحش قد افتقر فليس من المحقق ان المالك الذي كان مصدر هذا الضرر قد اثرى[١].

الرأي الرابع:- يرى جانب من الفقه الفرنسي ان مسؤولية المالك تبنى على اساس الضرورة فمضايقات الجوار ضرورة اجتماعية لابد من تحملها وفقا لمقتضيات المصلحة الاجتماعية. ولكن تقدر الضرورة بقدرها فاذا وجب للضرورة ان يتحمل الجار الجوار من دون تعويض اذا كان الضرر لايتجاوز الحد المألوف، فانه اذا جاوز الحد غير المألوف وجب التعويض عنه- فمسؤولية المالك تقوم على مجاوزة حد الضرورة انما تقتضي بتحمل الضرر المألوف فاذا جاوز المالك هذا الحد واصاب الجار بضرر غير مألوف وجب عليه التعويض ولو لم يوجد خطأ في جانبه[٢].

وهذا الرأي في تصورنا لايستقيم في فرنسا لعدم وجود نص قانوني يحكم التزامات الجوار في فرنسا.

الرأي الخامس:- ذهب هذا الرأي الى إن استعمال المالك ملكه استعمالا استثنائيا يلزم التعويض ، ومعنى ذلك ان المالك اذا استعمل حق ملكيته من دون غلو فلا جناح عليه في ذلك[٣].

---

[١] انظر في هذا الرأي ومناقشته: د. سنهوري، الوسيط، ج٨، ص٧٠٣ في الهامش.

[٢] Savatier, Regles generales de la responsabilite civil. Rev. Crit. 1934, P.409.

ومن المؤيدين لهذه النظرية : الاستاذ شاكر ناصر حيدر، الموجز في الحقوق العينية الاصلية، مطبعة سعد، بغداد، ١٩٧١، ص١١٣.

[٣] Planiol et Reperiet Picard, OP, cit, n 471- P444.

خاص بموقع المنشاوي للدراسات والبحوث www.minshawi.com

بيد ان هذا الرأي يتطلب اثبات ان استعمال حق الملكية استعمالا استثنائيا يستلزم التعويض وهو لايستقيم في البلدان التي لم تنص قوانينها على التزامات الجوار[1].

الرأي السادس:- يقول انصار هذا الرأي، ان اساس مسؤولية المالك يقوم على التزام فرضه القانون على الجار بالا يلحق بجاره ضررا فاحشا ويقولون ان هذا الالتزام القانوني يستخلص من نصوص قانونية. والادل على ذلك بحسب رأيهم : من ان هذه الالتزامات لم ترد في القانون المدني فقط وانما تناولتها تشريعات اخرى ولو بصورة غير مباشرة، فنظام الطرق والابنية مثلا اورد قيودا على المالك في التصرف بملكه لمصلحة الجار مثل القيود الواردة بشأن الشرفات من حيث علوها او بعدها عن الجار، وبعض الانظمة الصحية مثل نظام المكاره الذي لم يجوز لاصحاب العقارات خزن المياه الوسخة والاقذار او بقائها في المنزل او طرحها في الطريق لما تسببه من اضرار للساكنين في المنطقة جميعهم[2].

بيد اننا لانوافق هذا الرأي لان الالتزام القانوني لايصلح ان يكون بذاته اساس المسؤولية لان الاخلال بذلك الالتزام لايمكن تطبيقه وهو الذي يشكل اساس المسؤولية، اما الالتزام الواجب ذاته فانه محل ذلك الاخلال. اضافة الى انه لايمكن تطبيقه في البلاد التي لم تشر تشريعاتها الى نص يحكم التزامات الجوار مثل القانون المدني الفرنسي[3].

الرأي السابع:- يرى البعض ان اساس المسؤولية هو العمل غير المشروع، طبقا للمادة (١٣٨٢) من القانون المدني الفرنسي -سالفة الذكر-. اذ ان مجرد الحاق مالك

---

[1] انظر قريب من ذلك السنهوري، الوسيط، ج٨، ص٧٠٥و٧٠٦.

[2] حسين عامر، مصدر سابق ، ص١١٨. د. توفيق حسن فرج، الحقوق العينية الاصلية، المكتبة القانونية، الدار الجامعة، القاهرة، ١٩٨٨، ص١١٦. د. عبد العزيز عامر، دروس في حق الملكية، دار النهضة العربية، المطبعة العالمية، القاهرة، ١٩٦٧، ص٥٢.

[3] د. عبود عبد اللطيف البلداوي، مصدر سابق ، ص٤٨.

العقار الضرر بجاره في اثناء ممارسة حقه يشكل شبه جريمة مدنية يؤاخـذ عليهـا[1]. وعلى هذا الوجه تكون المسؤولية هنا تقصيرية.

الا ان مايؤاخذ على هذه النظرية هو ان استعمال الانسان لحقه اذا كان غير مخالف للقوانين والانظمة، لايمكن ان يكون جريمة مدنية او شبه جريمة، ولايتـصور وجـود عمل غير مشروع. فمن يحفر في عقاره حفرة وينشيء فيه مصنعا او يجفف فيه الجلود وينشأ عن ذلك ضرر لجاره لايمكن اعتباره عمل غير مشروع لانه لم يرتكب أي خطأ في اثناء ممارسة حقه ونظرية المسؤولية عن الخطأ توجب وجود ضرر وخطأ، ولمـا انتفى الخطأ هنا فلا محل لتطبيق المادة (١٣٨٢ مدني فرنسي) في مثل هذه الاحوال. اذ ليس من حق مقرر يحصل الاخلال به[2].

الرأي الثامن:- يذهب الى ان مسؤولية المالك مبناها قيام الالتزامات المتبادلة بـين المالك والجار وهذه المسؤولية ناشئة عن شبه عقد الجوار. اذ يقول بوتيه "Pothier":- ((ان الجوار من شأنه ان يلزم الجيران بأن يستعمل كل منهم ملكـه بطريقـة لاتـضر بجاره))[3]. وبعبارة اخرى، انه قد ابرم بين افراد الجماعة شبه تعاقد يلتـزم فيـه كـل منهم، بأن لايستعمل حقاً فيما يمتلك، بطريقة تعوق غيره في استعمال ماله من حق، وان من يخل بهذا الالتزام فيحدث ضررا للاخر، يلزم بالتعويض.

---

(1) د. عبد المنعم البدراوي، شرح القانون المدني المصري في الحقوق العينية الاصلية، ط٢، القـاهرة، ١٩٦٠، ص٨٦. وكذلك انظر رأي بعض المحاكم الفرنسية التي تبنت هذا الرأي المشار اليها فـي : حـسين عـامر، مصدر سابق ، ص١١١.

(2) د. عبود عبد اللطيف البلداوي، مصدر سابق ، ص٤٤. حسين عامر، مصدر سابق ، ص١١٤. وانظـر فـي الفقه الفرنسي رأي كامبيون (Campion) اشار اليه، حسين عامر، مصدر سابق ، ص١١٤، هـ٣.

(3) انظر رأي بوتيه (Pothier) اشار اليه:- حسين عامر، مصدر سابق ، ص١١٥.

خاص بموقع المنشاوي للدراسات والبحوث www.minshawi.com

وعلى هذا الوجه، تكون المسؤولية هنا تعاقدية وليس تقصيرية. ويتكون التزام المالك، في امتناعه عن عمل معين طبقا للمادتين (١١٤٥ و١١٤٧) مدني فرنسي[١]، وذلك مع الاخذ بما تشير اليه المادة (١٥٠) مدني فرنسي[٢].

بيد ان هذا الرأي منتقد من ناحية خلوه من السند القانوني الصحيح[٣].

الرأي التاسع: وهو رأي الاستاذ السنهوري بقوله: ((ان التزام المالك بالا يحدث ضررا غير مألوف بجاره قيداً يرد على حق الملكية، وهو اقرب الى ان يكون التزاما عينيا. لانه يرافق المالك وينتقل معه اينما ذهب))[٤]. بعبارة اخرى، ان التزامات الجوار تؤدي الى حدوث صراع وتنازع بين الحقوق العينية المتجاورة وذلك التنازع لايمكن حله الا عن طريق الالتزامات العينية فوظيفة الالتزامات العينية حل المنازعات بين الحقوق العينية المتجاورة اضافة الى ثبوتها في العين وانتقالها معها[٥]. وعلى هذا الوجه يكون اساس مسؤولية المالك مبناها التزاما عينيا، ناشئة عن قيد يرد على حق الملكية.

وبدورنا نرجح هذا الرأي، اذ يوظف الالتزام العيني في الحماية الموضوعية لمضايقات الجيران، اذ يلتزم المالك سلبيا بالامتناع عن استعمال حقه فيما يضر بملك الجار ضررا فاحشا او غير مألوف. وقد قضت محكمة التميز برفع الضرر، اذا كان جدار المدعى عليه مائلا للانهدام او انه يخشى ان ينهدم فيسبب للمدعي ضررا[٦].

---

(١) تنص المادة (١١٤٥ مدني فرنسي) على انه (يجب على الملتزم دفع التعويض في حالة الاخلال بالالتزام الخاص لامتناع عن عمل) وتنص المادة (١١٤٧ مدني فرنسي) على انه (يلزم المدين بدفع التعويض بسبب عدم تنفيذ الالتزام او التأخر في التنفيذ، الا في حالة ان عدم التنفيذ نشأ عن سبب اجنبي-لايمكن نسبته اليه- على ان لايكون سوء نية من ناحيته)).

(٢) وذلك فيما يختص بمسؤولية المالك عن الاضرار المتوقعة او التي يمكن توقعها (م١٥٠ مدني فرنسي).

(٣) د. عبود عبد اللطيف البلداوي، مصدر سابق ، ص٤٤. حسين عامر، مصدر سابق ، ص١١٥.

(٤) د. السنهوري، الوسيط، ج٨، ص٦٨٦.

(٥) وليد خالد عطيه الجابري، فكرة الالتزام العيني وتطبيقاتها في القانون المدني ، المصدر نفسه ، ص١٣٥.

(٦) القرار المرقم ١٢٢٩ / حقوقية/ ١٩٥٧ النجف في ١٩٥٧/١/٢٤، منشور في كتاب الاستاذ سلمان بيات، مصدر سابق ، ص٤٣٧.

ثالثا:- حكم الضرر الفاحش او غير المألوف

اذا تحقق ان المالك باستعماله لملكه يسبب للجار ضررا فاحشا فانه يمنع من ذلك ويكلف بازالته. وهذا مانصت عليه العبارة الاخيرة من المادة (١/١٠٥١) من القانون المدني العراقي بقولها: ((والضرر الفاحش يزال سواء أ كان حادثا ام قديما)). وازالة الضرر الفاحش هي من فروع القاعدة العامة القاضية بأن ((الضرر يزال)) وان ((لاضرر ولاضرار))[١]. اما اذا لم يكن الضرر فاحشا فانه لايمنع[٢].

ولا يستوجب ازالة الضرر، ازالة مصدره عن الوجود بل يتقرر رفعه بالطريقة التي تضمن زواله. ويمكن تمييز نظامين واضحين بهذا الصدد:- (الاول) منع استمرار الضرر من دون زوال مصدره. و (الثاني) ازالة مصدر الضرر. وسنبين هذين النظامين للتعويض العيني تعاقبيا وعلى الوجه الاتي:-

١- منع استمرار الضرر:-

قد يسبب المالك لجيرانه ضررا فاحشا او غير مألوف، عند استعمال حقه. وذلك لانه اهمل اخذ الاحتياطات اللازمة للحيلولة من دون الاضرار بالجار. فاذا كان الضرر مستمرا (وهذا مايسمى بمضايقات الجيران) فان الطريقة الافضل لتعويض هذا الضرر هي الزام المالك باتخاذ بعض الاجراءات الكفيلة لمنع وقوع الضرر مستقبلا مع بقاء ذلك الاستعمال قائما[٣]. فلو حفر انسان (بالوعة) في ملكه ثم تسرب منها الماء الى الجار، فان قيام المالك بطلي (البالوعة) بالقار او السمنت يكفي اذا كان ذلك يمنع تسرب الماء ولايكلف بردم البالوعة. وكذا الحال في مدخنة الحمام التي ينبعث منها دخان يؤذي

---

[١] انظر المادة (١/٢١٦) من القانون المدني العراقي.

[٢] محمد طه البشير ود. غني حسون طه، ج١، مصدر سابق ، ص٧٣.

[٣] بهذا قضت محكمة التمييز العراقية بقرارها المرقم ١٦٧٩/ حقوقية/ ٥٨ في ١٩٥٨/١١/٢٠ -منشور في مجلة القضاء لعام ١٩٥٩ العددان ٢و٣ ص٢٨٥.

الجار، فان تعليتها او تحويل اتجاهها على ان يوقف عبور الدخان الى الجار يعدّ ازالة للضرر، ولايكلف المالك برفع المدخنة في هذه الحالة. وكذلك فان ازالة الضرر عن الاشجار المتدلية على الجار، يكون بازالة الاغصان والفروع لابقلع هذه الاشجار[1]. وكذلك الزام المدعى عليه برفع الضرر، من جراء احداث شبابيك ومنافذ في بناء داره، تطل على دار المدعي في داره المشيدة قبل دار المدعى عليه، مما يقيد حرية النساء، وذلك بتعلية السياج الفاصل بين الحديقتين وسد النافذتين في الطابق العلوي[2]. وفي قضية اخرى قضت محكمة التمييز العراقية، ((رؤية المحل الذي هو مقر للنساء يعد ضررا فاحشا وبالتالي يجب ازالة الضرر غير ان الضرر الاشد يزال بالضرر الاخف ويتعين على المحكمة ان تطلب الى الخبراء بيان ايسر السبل واقلها كلفة لدفع ذلك الضرر، كأن يجري تثبيت فردات الشباك باللحيم بحيث لايمكن فتحها مع استعمال الزجاج المعتم غير الشفاف بدل الزجاج الاعتيادي))[3].

ويمكن ان تقضي المحكمة بالاجراءات اللازمة على المشاريع المرخص بها من الجهة الادارية المختصة، وذلك لازالة الضرر الذي يتحمله الجار مع السماح بحفظ اساس فعالية المشروع. مثال ذلك:- الحكم على الصناعي بتزويد مكائنه بالمسكتات او مداخنه بمبتلعات الدخان، وملتزم المنجم بأخذ الاحتياطات اللازمة لمنع تصريف المياه الملوثة على ارض الجار، والخباز بتعلية مدخنته، ومدير المرقص بأخذ الاحتياطات اللازمة لتخفيف الضوضاء الزائدة[4]، وصاحب المصنع بأخذ الاحتياطات اللازمة لمنع

---

[1] انظر قرار محكمة التمييز بقرارها المرقم ٧٠٧/حقوقية/٥٩ في ١٩٥٩/٤/٦ -منشور في مجلة القضاء لعام ١٩٥٩ العدد الرابع ، ص٥٤٩.

[2] قرار رقم ٢٧٦٣/ حقوقية/٦٥ في ١٩٦٦/٤/٢٠ -منشور في قضاء محكمة التمييز، المجلد الرابع، قرارات سنة ١٩٦٦-١٩٦٧، ص١٢٣.

[3] قرار رقم ٤١/ مدنية ثالثة/٨٠ في ١٩٨٠/٤/١٦ -منشور في مجموعة ابراهيم المشاهدي، ج٤، مصدر سابق ، ص٩٨.

[4] قرارات القضاء الفرنسي مشار اليها في :- Aktham El-Kholy, these precitee, P.143.

خاص بموقع المنشاوي للدراسات والبحوث www.minshawi.com

تصاعد الابخرة المضرة بالصحة او غازات كريهة[1].كما يمكن ان تفرض هذه الاجراءات على تلك المشاريع عندما لاتكفي الاحتياطات التي اتخذها لدفع الضرر عن الجيران.

ويلاحظ مما تقدم، ان الحكم برفع الضرر الذي يتحمله الجار وذلك بمنع استمراره في المستقبل، يتعلق بالتساهل او التسامح البسيط المفروض بين الجيران عند اهمال اتخاذ الاجراءات اللازمة لمنع وقوع الضرر، وعليه فان الضرر لايزال بمثله والضرر الاشد يزال بالضرر الاخف[2]، هذا من جانب. ومن جانب اخر، يؤدي الحكم بمنع استمرار الضرر من دون رفع مصدره الى الحفاظ على اساس فعالية المشروع المجاز من الادارة من دون غلقه. وعليه فان هذا النظام (منع استمرار الضرر) يرقى بالوظيفة الادارية للقاضي للحكم بالاجراءات اللازمة لرفع الضرر. وهذا لايمنع من ان يراجع القاضي حكمه ويبدله او يغيره بحكم جديد عند تغير الظروف المتعلقة بالاستعمال والجوار. مثل تغيير استغلال المصنع او يقوم الجار بتحويل داره السكنية الى مصنع مثل المصنع المجاور الذي كان يتضرر منه سابقا. كما ويمكن ان نعفي المالك من اخذ الاحتياطات الباهضة جدا نسبة الى الضرر المحتمل للجار وذلك نوع من التسامح في المجتمع.

٢- ازالة مصدر الضرر:-

---

(١) قرار محكمة النقض الفرنسية مشار اليه، حسين عامر، مصدر سابق ، ص١١٠، هـ٣.

(٢) وهذا هو اتجاه محكمة التمييز العراقية في كثير من قراراتها، انظر القرار اعلاه المشار اليه في هـ٤ من الصفحة السابقة، من هذه الرسالة .

يجبر المالك على تغيير طريقة استعماله لملكه، اذا لم يمكن اتخاذ الاجراءات الكفيلة لمنع وقوع الضرر[١]. بعبارة اخرى يلزم المالك على ازالة مصدر الضرر اذا تعذر عليه اتخاذ الاحتياطات اللازمة لتجنب وقوع الضرر بالعقارات المجاورة بسبب استعماله لحقه بصورة صحيحة. مثال ذلك:- المالك الذي يقيم بناء في ارضه اذا استعمل لوضع الاسس طريقة (سمبلكس Simplex)[٢] من دون ان يدرس ويفحص حالة المباني المجاورة، ومن دون ان يتخذ الاحتياطات الهندسية اللازمة لمنع الضرر الحاصل للمنازل المجاورة من الرجات الشديدة التي تحدثها الة سمبلكس[٣].

وقد يتخذ المالك الاحتياطات اللازمة للحيلولة من دون الاضرار بالجار عند استعماله لحقه بصورة صحيحة، ولكن الضرر يقع على الجار على الرغم من ذلك - بمعنى ان الضرر ملازم للنشاط نفسه ولايستطيع المالك فصله. وهذه الحالة تسمى بمضايقات الجيران[٤]. وفي هذه الحالة يكون امام القاضي اختيار نوعين من التعويض: اما الحكم بإيقاف النشاط او الاستعمال نفسه وهذا يعني ازالة مصدر الضرر، او الحكم بحفظ الاستعمال مع التراضي مع الجار المتضرر بتعويضه بمبلغ من النقود. ومثال ذلك، الحكم بالتعويض على:- مديري المدارس، بسبب صراخ الأطفال وما يحدثونه من ضوضاء. ومنظمي الاحتفالات العامة، بسبب ضوضاء الموسيقى وجلبة المجتمعين. و وأصحاب المعامل وأمناء النقل، لما يحدث من صخب السيارات. وشركات السكك الحديدية، من اجل التلف الناشيء عن تطاير دخان وشرار قاطراتها[٥]. ففي تلك الأحكام

---

(١) محمد طه البشير ود. غني حسون طه، ج١، مصدر سابق ، ص٧٣.

(٢) هي طريقة تستعمل في العمارات لدك الارض بقطعة حديدية وزنها نحو الفي كيلو غرام تسقط من علو كبير.

(٣) قرار محكمة مصر المختلطة في سنة ١٩٢٦م. وقد رأت المحكمة وجوب التعويض عن الضرر جميعه الذي يصيب المباني المجاورة سواء أ كانت هذه المباني قديمة ام غير متينة مادام الضرر واقعا محققا. القرار اشار اليه المستشار حسين عامر، مصدر سابق ، ص١١٠ هـ٦.

(٤) د. عبود عبد اللطيف البلداوي، مصدر سابق ، ص٤٣.

(٥) انظر قرارات القضاء الفرنسي. المشار اليها في حسين عامر، مصدر سابق ، ص١١٢-١١٣.

جميعا تنعدم نيه الاضرار لدى المالك عند استعماله لحقه. اما اذا اقتنع قاضي الموضوع بتوفر نية الاضرار لدى المالك في استعماله لعقاره، فان القاضي يحكم بازالة مصدر الضرر وايقاف النشاط المؤذي . اذ ان المالك قصد من استعماله لحقه في عقاره الإضرار بالجار فهو غير مباح قانونا ؛ لان قصد الإضرار بذاته سبب غير شرعي يجرد الحق من مشروعيته. وان نية الإضرار هي العنصر الجوهري والتي اذا اقتنع قاضي الموضوع بتوافرها، حكم بجبر الضرر عينا بإزالته[1]. مثال ذلك:- ماقضى به القضاء الفرنسي بازالة المدخنة التي اقامها المالك بسطح منزله والتي تواجه تماما نافذة الجار بقصد ايذائه. وقضى بهدم حاجز من الواح اقامها المالك لحجب الضوء عن جاره، لما تبين من ان قصد المعاكسة هو الغرض الوحيد من ذلك وانعدام المصلحة الحقيقية لاقامة هذا الحاجز. كما حكم بالتعويض على المالك الذي بنى موقدا بجوار الجدار الذي يفصل بينه وبين جاره، فتسبب عن ذلك انتشار الدخان من مدخنة الموقد على عقار الجار، لما تبين من انه كان من الممكن لهذا المالك ان ينشيء موقده في موضع اخر ولكنه اختار هذا المكان عمدا لايذاء الجار. والحكم بالتعويض على امين النقل الذي يترك عربات النفايات قبالة عقار جاره طويلا وفي اوقات كثيرة من غير ضرورة. وقد حكم ايضا بالتعويض على احدى شركات التعدين، التي كان لها حق اجراء بعض اعمال معينة وكان للوصول الى ذلك وسيلتان، ولكنها من غير موجب اختارت الوسيلة الضارة بجارها، فرأت المحكمة في ذلك استعمالا غير عادي لحق الملكية. كما حكم بالتعويض بازالة فناء الدواجن المتواضع او زريبة الخنازير والارانب المبنية في عقار المالك على مقربة من الجار بنية ازعاجه. وامرت المحكمة بهدم جزء من الجدار الذي اقامه المالك على حدود ملكه فقد وصلت قمته الى نصف ارتفاع الطبقة الثالثة من عقار الجار فصارت الغرف المجاورة بسبب ذلك مظلمة[2]. وقضت محكمة

---

[1] حسين عامر، مصدر سابق ، ص١٠٦. د. عبود عبد اللطيف البلداوي، مصدر سابق ، ص٤٢.

[2] انظر قرارات القضاء الفرنسي المشار اليها في:- حسين عامر، مصدر سابق ، ص١٠٥-١٠٩.

النقض البلجيكية، في قضية محلين من المحلات التجارية الكبيرة، كانا متجاورين في بقعة اهلة، وقد اقام احدهما اعلانا من النور، فأقام الاخر على الفور اعلانا مشابها له تماما، ولكنه حجب الاول عن انظار الخارجين من محطة قريبة. فرأت هذه المحكمة: ان الاعلان الثاني ليس بذي ضرورة الا للاضرار بالاول - وامرت بازالته[1].

ويلاحظ ان الحكم بازالة الاعمال التي احدثها المالك بنية الحاق الاذى بالجار، تحتل اهمية رئيسة بالنسبة للتعويض. وذلك لان الحكم بالازالة يكون الحل الافضل من وجهة النظر النفسية ووجهة النظر الاجتماعية. فمن وجهة النظر النفسية لان نية المسؤول انصرفت الى الاضرار بالجار وهو يتوقع انه سيحكم عليه بتعويض نقدي. لذلك فان الجكم بالازالة سوف يرضي بالمرة الحاجة الى معاقبة المسؤول الذي بحث عن طريقة لاغاضة جاره، وبذلك سوف يتحمل المسؤول اضافة الى نفقات الاعمال التي قام بها كذلك نفقات ازالة الاعمال نفسها. وكذلك يرضي هذا الحكم الرغبة في الثأر للمتضرر.

اما من وجهة النظر الاجتماعية، فان الازالة هي الحل الافضل لوضع نهاية للنزاع بين الجيران، ويكون كذلك وسيطا للسلام والتحية.

ومما تجدر الاشارة اليه، انه لاريب في ان المالك يلزم بالإصلاح المادي إذا كان الضرر كاملاً. سواء أ كان هذا المالك اتخذ الاحتياطات اللازمة للحيلولة من دون الاضرار بالجار ام أهمل اللأخذ بها، وان كان يستعمل حقه استعمالا صحيحا بحسن نية. مثال ذلك:- المالك الذي يجري حفرا من دون اتخاذ ما يجب اتخاذه من احتياطات التقوية، فيتسبب عن ذلك انهيار عقار الجار. ومالك البناء الذي يتصدع بناؤه فيتلف عقار جاره. والبلدية لاهمالها في صيانة أنبوب المياه الموضوع بالشارع اذا ترتب عن ذلك كسره، واحدثت المياه الخارجة منه اضرارا للغير[2]. ويلاحظ ان ازالة الضرر والحيلولة من دون وقوعه في المستقبل، لايعوض الضرر الذي اصاب الجار في

---

[1] انظر قرار محكمة النقض البلجيكية سنة ١٩١٧ مشار اليه في :- المصدر السابق ، ص١٠٨.

[2] انظر قرار محكمة النقض المصرية المشار اليها في:- المصدر السابق ، ص١١٠-١١١.

خاص بموقع المنشاوي للدراسات والبحوث www.minshawi.com

الماضي، لذا كان للاخير حق اقامة دعوى مطالبا بتعويض نقدي للاضرار التي اصابته قبل ازالة الضرر اذا كان هناك مبرر لها[1].

ويجوز للقاضي في ان يقرن حكمه بإزالة الضرر بتهديد مالي، أي بفرض غرامات تهديدية تجري على المالك في حالة عدم الامتثال، أو التأخير في تنفيذ الحكم[2].

رابعا: الضوابط التي يسترشد بها القاضي في اختيار طريقة تعويض الاضرار الناشئة عن مضايقات الجوار:-

لم يتبع القضاء (في فرنسا او مصر او العراق) ضابطا واحدا بعينه، فيما يعرض عليه من منازعات، بل ان الضوابط تختلف لديه باختلاف الموضوع المطروح للفصل فيه، مايبدو معه انه من غير اليسير حصر تلك الضوابط حسبما تستخلص من الاحكام العديدة في هذا النطاق.

والواقع ان كثيرا مما يعول عليه في اختيار طريقة التعويض في مضايقات الجوار إنما يرجع في حقيقته الى تقدير القاضي وبراعته الفنية، ورعاية الملاءمة في الحياة القانونية، ومراعاة الاعتبارات الاقتصادية والاجتماعية والاتجاهات الخلقية. وعلى هذا فانه ليس من الممكن وضع قاعدة قانونية تتضمن حكما معينا، او احكاما بذاتها، او قياسا محددا، ليكون بعضها او كلها المرجع فيما يثيره هذا الموضوع، الذي قد يفقد اهميته العلمية، لو حصر في نطاق معين من الصيغ والضوابط. نرى بعد ذلك، ان نيشر الى أهم الضوابط التي ينبغي ان تؤخذ بنظر الاعتبار في العراق، وعلى الشكل الاتي:-

١- العرف:-

---

[1] د. عبد المنعم البدراوي، مصدر سابق ، ص٣٠٥. حسين عامر، مصدر سابق ، ص١٢٥. د. عبود عبد اللطيف البلداوي، مصدر سابق ، ص٥٩. محمد طه البشير ود. غني حسون طه، ج١، مصدر سابق ، ص٧٣.

[2] شاكر ناصر حيدر، مصدر سابق ، ص١١٧.

على المتجاورين ان يتحملوا الاضرار المتأتية من مجاوريهم اذا كان عرف البلد وعاداته والظروف الاجتماعية تقضي بها وتتقبلها، فما يحدثه الجار من اصوات عالية في المآتم والافراح، ومايحدث عادة في اثناء الاعياد والمواسم ومايسببه الاطفال من ضجيج وجلبة كل هذه امور يألفها الناس ويجري بها العرف وعلى الجار ان يتحملها من دون الاحتجاج على جاره المالك او مقاضاته[١].

ويلاحظ ان العرف يختلف من بيئة الى اخرى، فما اعتاده الناس في الارياف يختلف عما اعتاده سكان المدن الكبيرة بل حتى داخل المدن هناك احياء تزدحم بالسكان وتعج بأصوات الاطفال او الباعة فالضجيج فيها مألوف في حين هناك احياء اخرى يسودها الهدوء ولم تألف الضوضاء والاصوات العالية. لذا فأن قاضي الموضوع عليه ان يراعي الظروف الاجتماعية والتطور الحضاري في المناطق التي تخص القضايا المعروضة عليه بشأن المطل، والشبابيك والنوافذ، فليس من المنطق والعدل ان يكون الحكم في موضوعها سواء، في المحلات القديمة حيث الدور منشأة على الطراز الشرقي، وحيث التقاليد تفرض منع الجار من الاطلال على جاره، وفي الاحياء الحديثة، حيث الدور مصممة على الطريقة الغربية والاسيجة التي تحيطها لاتكاد تستر الحدائق والسطوح[٢].

وعلى هذا فقد قررت محكمة التمييز العراقية، بأن فتح نوافذ مطلة على حديقة الجار يعدّ ضررا فاحشا يجب ازالته[٣]، وان فتح الشبابيك المطلة على دار الجار ومقر نسائه فيه ضرر فاحش تجب ازالته، وان كان الطرفان من ذوي القربى[٤].

---

(١) أنظر في هذا المعنى : حسين عامر، مصدر سابق ، ص١٠٣.

(٢) د. عبود عبد اللطيف البلداوي، مصدر سابق ، ص٥٦.

(٣) قرار محكمة التمييز المرقم ٢٧٦٣/ حقوقية/ ٦٥ في ١٩٦٦/٢/٢٠ منشور في (قضاء محكمة التمييز – المجلد الرابع، مصدر سابق ، ص١٢٣).

(٤) قرار محكمة التمييز المرقم ٢٣٨٧/حقوقية/٦٦ في ١٩٦٧/٤/١٩ منشور في (المصدر السابق ص٣٩٠).

ونود هنا ان نبين بان القانون المدني العراقي لم يتناول موضوع "المطل"، ولم يرتب عليه الحقوق والالتزامات التي رتبها القانون المدني المصري في المواد (٨١٩ ومابعدها). فقد جاء في المادة (٨١٩) مدني مصري[1]:- ((لايجوز للجار ان يكون له على جاره مطل مواجه على مسافة تقل عن متر، وتقاس المسافة من ظهر الحائط الذي فيه المطل او من حافة المشربة او الخارجة. واذا كسب احد بالتقادم الحق في مطل مواجه لملك الجار على مسافة تقل عن متر، فلا يحق لهذا الجار ان يبني على اقل من متر يقاس بالطريقة السابق بيانها، وذلك على طول البناء الذي فتح فيه المطل)).

ولم يحدد المشرع العراقي المطل ويعود ذلك -كما يبدو- الى انه ترك هذه المسألة للعرف، لان الضرر الناجم عن المطل يختلف من مكان لاخر.

٢- طبيعة العقارات والغرض الذي خصصت له:-

وطبيعة العقارات هي الاخرى احد الضوابط والمعايير التي سيسترشد بها القاضي في تقدير الضرر غير المألوف لاختيار طريقة التعويض. فهناك عقارات بطبيعتها او بطبيعة ماخصصت له مثل الملاهي والمقاهي وماشاكلها من المحلات العامة تتحمل الضجيج والحركات والصخب، او المدابغ ومصافي المياه القذرة و (المراحيض العامة) التي تألف الروائح النتنة او المزعجة، او المعامل والمتاجر التي اعتادت على حركة العمال واصوات الدواليب والمحركات ، بخلاف المستشفيات او المكتبات العامة او المعابد والمساكن او منتجعات الراحة والاستجمام التي تقتضي الهدوء والسكون[2].

٣- موقع العقار بالنسبة للعقار المجاور:-

والعقارات نفسها تختلف في موقعها وفيما الفت من ضوضاء فالمساكن القريبة من السكك الحديدية او المصانع او الشوارع العامة والميادين تتحمل من الضجيج اكثر مما

---

(١) تقابلها المواد (٩٧٠ مدني سوري) و (٨٢٨ مدني ليبي) و (٦٦و٦٨و٦٩ من قانون الملكية العقارية اللبناني).

(٢) حسيين عامر ، مصدر سابق ، ص١٢١. د. عبود عبد اللطيف البلداوي، مصدر سابق ، ص٥٧.

تتحمله المساكن البعيدة عن هذه الامور. وكذلك في العقار الواحد فان صاحب الطابق الاسفل يتحمل من صاحب الطابق الاعلى مالايتحمله هذا من ذلك[١]. فموقع العقار نفسه له اثر كبير في تقدير الضرر الفاحش وطريقة التعويض.

٤- اثر الرخصة الادارية:-

قد يؤدي الاستغلال الذي يقوم به المالك الى الاضرار بالجار مرخصا به من الجهة الادارية المختصة، كما هو الحال بالنسبة الى المحلات المقلقة للراحة او المضرة بالصحة او الخطرة. فيثار التساؤل عن اثر هذا الترخيص الاداري في مسؤولية المالك عن الضرر الفاحش الذي يسببه لجاره ؟ وبعبارة اخرى كيف يمكن التوفيق بين سلطة الادارة التي تجيز الاستغلال مع معرفتها بما يترتب على ذلك من ضرر لانها لاتصدر مثل هذه الاجازة الا بعد الكشف والتحقيق –وبين سلطة القاضي الذي تعرض عليه الدعوى بالمطالبة بالتعويض ؟ أي بين طلب ازالة الاضرار والتعويض عنها وبين الترخيص الممنوح لصاحب العقار من السلطة الادارية المختصة ؟.

ان الفقه والقضاء مجمعان على ان اعطاء الاجازة او الترخيص من الادارة لايحول من دون قيام مسؤولية المالك عن الاضرار التي يسببها لجاره. ذلك ان هذا الترخيص يراد به ضمان توفر شروط معينة لمباشرة انواع معينة من الاستغلال، ولايقصد منه اباحة الضرر الفاحش بالجار[٢]. وعلى ذلك فقد حكم بالتعويض على صاحب المصنع، بسبب المضايقات الناجمة عن الدخان والاتربة وانتشار الابخرة الكريهة المؤذية، حتى ولو كان قد رخص له اداريا بادارته[٣].

---

[١] حسين عامر، مصدر سابق ، ص١٢٠. د. عبود عبد اللطيف البلداوي، مصدر سابق ، ص٥٧.

[٢] د. السنهوري، الوسيط، ج٢، ص٦٩٦. د. عبد المنعم فرج الصده، مصدر سابق ، ص٩٨. د. صلاح الدين الناهي، مصدر سابق ، ص٩٠. وانظر بالفرنسية:-

Aktham El-Kholy, OP, cit, n 157. Leyat, OP, cit, P187-200.

[٣] انظر قرار محكمة النقض الفرنسية المشار اليه في:- حسين عامر، مصدر سابق ، ص١١٢.

وقد نص القانون المدني المصري صراحة على ذلك من المادة (٨٠٧) بقوله:- (ولايحول الترخيص الصادر من الجهات المختصة من دون استعمال هذا الحق). أي من دون طلب ازالة المضار اذا تجاوزت الحد المألوف[١].

ولم يرد في القانون المدني العراقي، نص صريح بشأن هذه المسألة. ولاشك ان في ذلك نقصا تشريعيا، والراجح في الفقه ان يطبق الحكم ذاته الوارد في التشريع المصري بالاستناد الى القواعد العامة[٢]. وذلك ان الضرر الفاحش يدفع باي وجه كان، وليس من شأن الاذن الصادر عن الادارة ان يعصم المالك من المسؤولية عما يسببه لجاره من ضرر فاحش[٣]. وعلى هذا فقد قررت محكمة التمييز بأن الاصوات المنبعثة من مكائن منصوبة في معمل مجاور لدار تعدّ ازعاجا واقلاقاً لراحتهم وتكون ضررا فاحشاً يتوجب ازالته[٤]. كما ويمكن للمحكمة ان تأمر بعدم اشتغال المصنع في خلال الليل كي لايقلق راحة الجيران.

٥- الاسبقية في التملك او الاستغلال:-

ويثور التساؤل عن آثر اسبقية تملك او استغلال العقار في تحقيق مسؤولية المالك؟ مثال ذلك لو بنى شخص منزلاً للسكنى بجوار مصنع كان قائما من قبل، فهل يحق لمالك المنزل ان يتضرر من المضايقات التي يسببها له هذا المصنع ؟ ذهب رأي الى ان الاسبقية تجعل مالك المصنع غير مسؤول عن المضايقات التي يسببها مصنعه لمالك المنزل لان هذا الاخير جار طارئ ولانه تخير في بناء منزله نقطة ظاهرة

[١] د. عبد المنعم فرج الصده، المصدر السابق، ص٩٨.

[٢] الاستاذ شاكر ناصر حيدر ، مصدر سابق ، ص١١٧ . د . صلاح الدين الناهي ، مصدر سابق ، ص٩٠ . د. حسن علي الذنون ،الحقوق العينية الاصلية ، بغداد ، ١٩٥٤ ،ف ٣٩ .

[٣] محمد طه البشير ود. غني حسون طه، ج١، مصدر سابق ، ص٧٩.

[٤] قرار محكمة التمييز المرقم ٦٦٩/حقوقية/ ٦٢ في ١٩٦٢/٣/٢٧ منشور في مجلة القضاء سنة ١٩٦٢/العدد الاول/ ص١٣٢.

العيب[١].ولكن هذا الرأي على اطلاقه غير مقبول، لانه يؤدي الى اضطرار المالك اللاحق الى اختيار نوع الاستغلال الذي اختاره من سبقه والا كان عليه ان يتحمل الاضرار الفاحشة من دون ان يكون له حق الرجوع على المالك السابق[٢]. ولهذا فان الرأي الراجح، فقها وقضاء، يذهب الى ان الاسبقية لاتؤثر في مسؤولية المالك الا اذا كانت جماعية بحيث يكون من شأنها ان تحدد طبيعة المنطقة فالعبرة اذن هي بظروف المكان لا بمجرد الاسبقية[٣].

اما في القانون المدني العراقي فالظاهر ان من شأن الاسبقية في التملك او الاستغلال ان تحول من دون مسؤولية المالك[٤]. فقد نصت الفقرة الثالثة من المادة (١٠٥١) على انه:- ((اذا كان احد يتصرف في ملكه تصرفاً مشروعا فجاء اخر واحدث في جانبه بناء وتضرر من فعله فيجب عليه ان يدفع ضرره بنفسه)). وينبغي الا يفهم من العبارة الاخيرة من هذا النص ان للمالك ان يزيل الضرر بنفسه كأن يسد نافذة جاره المشرفة على بيته، فان ما اريد من هذه العبارة هو ان على من يتضرر ان يدفع ضرره بنفسه أي ان شاء اتخذ من الاحتياطات ماهو كفيل بدفع الضرر عنه، وان شاء تحمل الضرر، والا فلا يجبر احدهما على دفع الضرر[٥].

مثال ذلك:- ان عقارا اتخذ مقهى او مصنعا او محلا للدباغة ثم جاء شخص فبنى بجوار هذا العقار ونشأ له ضرر من جواره صاحب العقار الاول، كان على الثاني ان

---

(١) د. عبود عبد اللطيف البلداوي، مصدر سابق ، ص٦٢.

(٢) محمد طه البشير، د. غني حسون طه، ج١، مصدر سابق ، ص٧٨.

(٣) د. عبد المنعم فرج الصده، مصدر سابق ، ص٩٦. د. حسن كيره، مصدر سابق ، ف٩٩. د. منصور مصطفى منصور، مصدر سابق ، ف٢٣.

(٤) محمد طه البشير، د. غني حسون طه، ج١، مصدر سابق ، ص٧٨.

(٥) انظر : علي حيدر، درر الحكام، شرح مجلة الاحكام، ج٣، بيروت، بدون سنة طبع، ص٢٣٤.

يتخذ الاحتياطات اللازمة لوقاية عقاره وليس له حق مطالبة مالك المقهى او المصنع بازالة الضرر او التعويض عنه[١].

وعلى هذا فيجب التثبت من عمر البناء المتضرر وعمر البناء الذي جاء الضرر منه لتعيين المسؤول عن اتخاذ الاحتياطات اللازمة لرفع الضرر وفقا للمادة (١٠٥١/٣) مدني عراقي[٢]. فاذا كان البناء الذي سبب الضرر اقدم من البناء الذي اصابه الضرر فليس لصاحب البناء الجديد الادعاء بازالة الضرر او ازالة مصدره[٣]. وكذلك لو بنى شخص دارا، وكان دار جاره المشيدة من قبل فيه نافذة تطل على نسائه، فليس له ان يطلب سد النافذة او تعليتها، وانما عليه ان يتخذ هو الاحتياطات للحيلولة من دون الاطلال[٤]. ولكن اذا زاد الاذى وتفاحش الضرر عما كان عليه كان له حق الشكوى لعدم رضاه عندئذ بما استجد من ضرر[٥].

٦- التهديد بحصول الضرر من جراء الاعمال المحدثة التي ينوي المالك القيام بها:-

ان للجار حق اقامة دعوى مستعجلة يطلب فيها وقف الاعمال التي ينوي المدعى عليه القيام بها في ملكه اذا كان الضرر منها متوقعا وفقا للمادة (١٠٥١/٢) من القانون

---

(١) شاكر ناصر حيدر، مصدر سابق ، ص١١٧. د. عبد المنعم فرج الصده، مصدر سابق ، ص٩٦و١٠٠.

(٢) هذا ماقضت به محكمة التمييز في قرارها المرقم ٢٦٠٠/ حقوقية/١٩٥٨ في ١٩٥٩/١/٢٤. القرار منشور في مجلة القضاء سنة ١٩٥٩ العددان ٢و٣ ص٣١٥. وقضت ايضا في قرار اخر بانه ((يجب ان يؤخذ بعين الاعتبار عند تقدير الاضرار مايقابل قدم البناء وحسمه واخراجه من مقدار الاضرار)) قرار رقم ١٩٥١/حقوقية/٥٨ في ١٩٥٨/١٢/١٨. منشور في المصدر السابق، ص٢٨٤.

(٣) انظر قرار محكمة التمييز رقم ١٤٥١/حقوقية/٥٤ في ١٩٥٤/٩/٢٥ منشور في مجلة القضاء سنة ١٩٥٥ العدد الاول ص٤٥.

(٤) بهذا قضت محكمة التمييز بقرارها المرقم ٢٥٩٨/حقوقية/٥٦ في ١٩٥٧/١/١٦. منشور في قضاء محكمة التمييز، يصدرها المكتب الثقافي في محكمة التمييز -وزارة العدل- جمهورية العراق، الجزء السادس، قرارات سنة ١٩٥٧، ص٩٣.

(٥) د. عبود عبد اللطيف البلداوي، مصدر سابق ، ص٦٢.

المدني العراقي. وفي هذه الحالة يطلب من المدعي تقديم كفالة بمبلغ معين لتكون ضمانا لما قد يترتب على وقف الاعمال من اضرار للمالك في حالة ظهور المدعي غير محق بدعواه[1]. كما ان للمالك المهدد بأن يصيب عقاره من جراء الاعمال المحدثة في العين المجاورة اتخاذ كل مايلزم لاتقاء الضرر، فاذا ظهر للجار ان انشاء الجدار لجاره يسد الهواء والنور، كان عليه ان يلزم جاره باتخاذ الحيطة بالسماح لتخلل الهواء لغرفة هذا الجار[2]. كما قضت محكمة التمييز (بنقض قرار محكمة البداءة الذي رد دعوى المدعي، الذي طلب بها بمنع المدعى عليه من انشاء غرفة جديدة ملاصقة لغرفتين في داره مما سبب في اغلاق اربعة نوافذ هوائية لدار المدعي، اذ ان عمله هذا قد الحق ضررا فاحشا والضرر الفاحش يزال سواء أ كان حديثا ام قديما (المادة ١٠٥١ مدني عراقي)[3]. وللمدعي ان يطلب ايضا اتخاذ ما تدعو اليه الحاجة من احتياطات عاجلة كأن يطلب نصب دعائم تحول من دون انهيار الجدار مثلا بسبب الحفر الذي يقوم به المالك ريثما تفصل المحكمة في النزاع (المادة ٢/١٠٥١).

وبذلك ننهي دراستنا في التطبيقات الاساسية للاصلاح المادي. الذي يرد غالبا على التعويض العيني عن كل ضرر يلحق بالملكية. ويظهر ذلك باعادة الحال الى ما كان عليه. أي التعويض العيني، والذي لايشار اليه صراحة في الاحكام

---

[1] وقد قضت محكمة التمييز بان التهديد بحصول الضرر يعتبر ضررا يتعين ازالته. (لاحظ قرارها المرقم ١٧٧٧/ حقوقية/٥٦ في ١٩٥٦/١١/١٤). منشور في مجلة القضاء سنة ١٩٥٧ العدد الاول ص١٠٥.

[2] بهذا قضت محكمة التمييز في قرارها المرقم ٤٦٠/حقوقية/٥٩ في ١٩٥٩/٣/١٦. منشور في مجلة القضاء سنة ١٩٥٩ العدد الرابع ص٥٦٧.

[3] قرار رقم ١٠٣٢/ حقوقية/٦٥ في ١٩٦٥/٧/٤، منشور في قضاء محكمة التمييز- وزارة العدل، المجلد الثالث قرارات سنة ١٩٦٥، ص٩٣-٩٤.

القضائية. بيد ان مدلولاته ترد بالاشارة الى ازالة المخالفة او رفع التجاوز او اصلاح الضرر.

المبحث الثاني

التعويض العيني القانوني

ان تركيب التصرف القانوني ضمن النظرية التقليدية يكون تبعاً لارادة الاطراف. اذ لايوجد التصرف القانوني بين الاطراف اذا لم توجد الارادة، بمعنى ان الارادة منعدمة او ناقصة.

وبالنسبة للغير- الغريب عن العقد، يكون التصرف القانوني واقعة مادية. بمعنى انه لاينفع ولايضر الغير الاّ من الناحية المادية. اما اكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات فهذا اثر نسبي للعقد ولايتجاوز غير اطرافه.

وسنبين في هذا المبحث ما للمسؤولية المدنية ومن خلال التعويض العيني والدور الذي تلعبه في الية ولادة الالتزام الارادي او لحجيته بالنسبة للغير. وتتجلى اهمية التعويض العيني هنا بصورة خاصة، لانه وسيلة فعالة (مؤثرة) ذات تأثير مباشر على مصدر الضرر، ونأمل ان نبين مهمة التعويض العيني الحقيقية وهي ازالة الضرر. لذلك سنقسم هذا المبحث على مطلبين، (الاول) التعويض العيني ونشوء الالتزام الارادي و (الثاني) التعويض العيني وحجية التصرف القانوني بالنسبة للغير.

المطلب الاول

التعويض العيني ونشوء الالتزام الارادي

خاص بموقع المنشاوي للدراسات والبحوث www.minshawi.com

ان الارادة هي جوهر التصرف القانوني. واذا انعدمت او كانت ناقصة فانه لاينشيء الالتزام[١]، ويكون التصرف القانوني لاقيمة له. ولاعادة وضع الاشياء في الحالة نفسها التي سبقت وقوع العقد (التصرف القانوني)، فانه يتقرر البطلان. ولكن هل يعني ذلك ان البطلان ليس سوى طريق للتعويض العيني-انطلاقا من الفكرة الراجحة للتعويض العيني بأنه اعادة الحال الى ماكانت عليه قبل وقوع الضرر ؟

اذا اخذنا بالتعويض فان ذلك يقودنا الى دعوى المسؤولية. ولكن المسؤولية لاحقة للبطلان هذا من جهة. ومن جهة اخرى ان دعوى المسؤولية لانحصل من خلالها الا على تعويض نقدي، وذلك تأكيدا لاحترام القاعدة التي تقر بعدم وجود التصرف القانوني من دون ارادة. ومع ذلك فانه في بعض الحالات نتمسك بالتعويض العيني لتصحيح البطلان من اجل الابقاء على العقد مقابل دفع تعويض نقدي للطرف الاخر، وفي حالات اخرى يكون التعويض العيني هو ابرام العقد على الرغم من غياب ارادة احد الطرفين.

وسنبين التعويض العيني والبطلان اولا، ثم نبين التعويض العيني وتصحيح العقد الباطل.

اولا: التعويض العيني والبطلان:-

يشترط لنشوء العقد: الرضا والمحل والسبب، فاذا تخلف احد هذه العناصر لا ينعقد العقد وكان باطلاً[٢]. وعليه لايترتب على العقد الباطل حكمه الشرعي، فهو عدم والعدم لاينتج الا العدم[٣]. بمعنى ان مع البطلان يختفي العقد تماماً، فيعاد المتعاقدان الى الحال

---

[١] بعبارة اخرى، ان العقد تصرفا قوامه الارادة ولاينعقد بدونها.

[٢] بمعنى ان اسباب البطلان هي اما اذا لم يطابق القبول الايجاب او لم يتحد مجلس العقد او لم يكن هناك عاقدان، او كان احد العاقدين فاقد التمييز: بأن كان صبيا غير مميز او مجنونا او معتوها او سكرانا لايعرف مايقول. كما ويكون العقد باطلا اذا لم يكن المعقود عليه قابلا لحكم العقد، بان كان غير مقدور التسليم او غير معين وغير قابل للتعيين او غير قابل للتعامل فيه. انظر : د. عبد المجيد الحكيم، مصادر الالتزام، ط٢، ١٩٦٣، ص٢٧٠.

[٣] انظر في هذا المعنى: المصدر السابق، ص٢٦٩و ٢٧٠.

التي كانا عليها قبل العقد، ذلك ماتنص عليه الفقرة الثانية من المادة (١٣٨) من القانون المدني العراقي، من انه (فاذا بطل العقد يعاد المتعاقدان الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد فاذا كان هذا مستحيلا جاز الحكم بتعويض معادل).

ويتضح من هذا النص بأنه اذا حكمت المحكمة ببطلان العقد او بابطاله زال كل اثر له الى وقت ابرامه، ويجب عندئذ اعادة الطرفين الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد. فاذا لم يكن احد الطرفين قد نفذ التزامه فلا صعوبة في الامر، ذلك ان اثر البطلان انما يكون في عدم امكان اجبار احد الطرفين على تنفيذ العقد. واذا حصل التنفيذ من احد الطرفين، او من كليهما معا، فعندئذ يجب على كل منهما ان يرد للاخر ماتسلمه منه[١]. واذا كان هناك مجال للحكم بالتعويض فالمحكمة تحكم به ولكن على اساس المسؤولية التقصيرية لا العقدية، لان العقد باطل[٢].

وتقرر المحكمة بطلان العقد اذا كان هذا العقد باطل بطلانا مطلقا، والعقد الباطل بطلانا مطلقا هو الذي ينقص فيه ركن رئيس[٣]. ولما كان العقد باطلا بطلانا مطلقا فلا يعد الحكم القضائي منشئا له بابطاله، ولاحاجة لمن له مصلحة في البطلان ان يرفع الدعوى بذلك امام القضاء. واذا رفع احد المتعاقدين الدعوى على الاخر طالبا تنفيذ العقد، كان لهذا ان يدفع الدعوى ببطلان العقد. ولكن قد تقتضي الضرورة برفع الدعوى للحصول على حكم ببطلان العقد، وذلك يتحقق في حالة ما اذا كان احد الطرفين المتعاقدين قد نفذ العقد واراد ان يسترد ماسلمه للطرف الاخر[٤].

---

[١] اذ قضت محكمة التمييز ((في العقد الباطل يجب اعادة الطرفين الى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، فيلزم المشتري باعادة المبيع ويلزم البائع برد البدل....)) القرار المرقم ٦٠٨/ مدني اولى/ ٨٨ في ١٩/١٠/١٩٨٨، منشور في مجموعة الاستاذ ابراهيم المشاهدي، المصدر نفسه، ج٥، ص٤١.

[٢] د. عبد المجيد الحكيم، مصدر سابق، ف٤٩٠ ص٢٦٠.

[٣] أنظر : د. وليم سليمان قلادة، التعبير عن الارادة في القانون المدني المصري- دراسة مقارنة، ط١، المطبعة التجارية الحديثة، القاهرة، ١٩٥٥، ص٢٩٦.

[٤] د. عبد المجيد الحكيم، مصدر سابق، ص٢٦٠.

كما تقرر المحكمة ابطال العقد، اذا كان باطلا بطلانا نسبيا. والعقد الباطل بطلانا نسبيا هو الذي لاتتوافر للرضا فيه اسباب الصحة[1]. بمعنى ان العقد حتى يتقرر ابطاله ولايتقرر هذا البطلان الا بالتراضي او بحكم القاضي. واذا رفع الامر الى القضاء وتأكد القاضي من وجود سبب البطلان، فعليه ان يحكم بابطال العقد، ولايتمتع بسلطة تقديرية في هذا الموضوع[2].

وبدورنا نعتقد ان البطلان ليس سوى طريقة للتعويض العيني. وذلك للاسباب الاتية:-

١- ان البطلان بالنسبة لظروفه وشروطه، متلائم تماما مع التمثيل لطريق التعويض. اذ انه يشترط لوجود الالتزام بالتعويض الخطأ لدى المسؤول. واننا نجد هذا الخطأ في دعوى البطلان يستند الى تقصير المدعى عليه الذي ماكان عليه ان يقدم على ابرام العقد، لانه كان يعلم العقبة التي تمنع من ذلك وهي ان التصرف باطل. والواقع اننا نستند الى فكرة الخطأ اساسا للدعوى وذلك لانه، من دون التقصير يعدم الالتزام بالتعويض التبرير والتفسير القانونيين اللازمين له، وتظل صياغتها منعزلة تماما لاتنتظمها فكرة فنية عامة. اما عن طريقها -اي فكرة الخطأ- فانها تندرج تحت المبدأ التعاقدي العام الذي يقضي بمسؤولية كل متعاقد قبل من احدث له ضررا بخطئه، فمن دونها نكون امام دعوى تعويض لاتتطلب الخطأ لدى المدعى عليه- اما عن طريقها فنتفادى هذا الوضع الشاذ وتحتفظ الدعوى بطبيعتها كاملة دعوى تعويض[3]. وتبقى قواعد المسؤولية التقصيرية كافية بذاتها لمعالجة كل احتمالات المسؤولية عن البطلان، -(وذلك بعد ان فشلت نظرية اهرنك "الخطأ في تكوين العقد" والتي:- اضطر اهرنك

---

(١) د. وليم سليمان قلادة، مصدر سابق، ص٢٩٦.

(٢) د. عبد المجيد الحكيم، مصدر سابق، ص٢٦٠. يلاحظ ان القانون العراقي لم يأخذ بالبطلان النسبي وانما بالعقد الموقوف.

(٣) انظر قريبا من ذلك الفقيه (ريمون سالي) اشار اليه د. وليم سليمان قلادة، مصدر سابق، ص٢٢٦.

من خلالها الى تقرير الصفة العقدية لهذه المسؤولية كي يتضمن التحلل من ضيق الخطأ التقصيري ولكنه لم يستطيع القول بالالتزام بالتعويض العقدي مـن دون وجـود عقـد سابق- الامر الذي لايستطيع الادعاء به هنا، فلم تبق اذن الا فكرة الخطأ يبرر بها هذا الالتزام ويسنده اليها)[١]-، وتقضي قواعد المسؤولية اول كل شيء بضرورة اثبات خطأ عند عدم استيفاء شروط التعاقد. ونحن نصل الى تحديده، كما في كل حـالات الخطـأ التقصيري: هل تصرف من صدر منه هذا الفعل كما يعمل الرجل الحازم ؟ هل اتخـذ الاحتياطات جميعها التي كان يجب على الشخص الحريص ان يتخذها عند الاقدام على هذا التعاقد ؟[٢] ان اجيب بنعم، فلا مسؤولية- والا فانه يجب مساءلته لانه بهذا التقصير احدث ضرراً لشخص اخر[٣].

ثم نطبق باقي قواعد المسؤولية التقصيرية في ركنيها الاخرين: الـضرر وعلاقـة سببية. فالعقد الباطل ليس الا واقعة قانونية، قد تستكمل عناصـر المـسؤولية فتوجـب التعويض. وكون هذه الواقعة عقداً لم يتم ابرامه لايغير من الموقف شيئاً.

٢- وبعد ان حددنا موقع المسؤولية في البطلان، فانه يجب ان ينظر الى الابطـال بأنه يشكل ضرراً في اطار التصرفات القانونية، لذلك لابد من ازالة هذا الضرر، وذلك بتقرير ابطال العقد. وهذا يؤدي الى معنى التعويض العيني بازالة الـضرر. اذ يـرتبط التعويض العيني بالمسؤولية المدنية اذ ان التعويض اثر وجـزاء المـسؤولية المدنيـة. وبعبارة اخرى، التعويض العيني هنا يكون ابطال العقد الذي أُبرم بنتيجة الخطـأ الـذي اعدم ارادة من ابرمه وتضرر منه، وبالتالي ازالة اثاره[٤].

---

[١] انظر في تقدير نظرية اهرنك "الخطأ في تكوين العقد"، المصدر السابق، ص٣٠٥-٣٠٩.

[٢] انظر رأي كولان وكابيتان، المشار اليه في، المصدر السابق، ص٣٠٩.

[٣] السنهوري، الوسيط، ج١، مصدر سابق، ف٣١١.

[٤] د. عاطف النقيب، الخطأ والضرر، مصدر سابق ، ص٣٨٥.

٣- ويجب بالتعويض ان لايتجاوز المقدار المحدد لجبر الضرر. وكذلك الحال بالنسبة للبطلان فأن آثر البطلان يكون بهدم التصرف القانوني بأثر رجعي. وتسقط حقوق الغير سيء النية المستندة لهذا التصرف الباطل.

٤- واذا كان مع البطلان يختفي العقد تماما، فيعاد المتعاقدان الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد. فان فكرة اعادة الحال الى ماكانت عليه تمثل الفكرة الراجحة للتعويض العيني- وذلك بأن التعويض العيني هو اعادة الحال الى ماكانت عليه قبل وقوع الضرر.

واذا اصبح التعويض العيني مستحيلاً جاز للقاضي الحكم بتعويض مقابل. بمعنى اذا تعذر ارجاع المتعاقدين الى الحال التي كانا عليها قبل العقد، كما اذا هلك المبيع في يد المشتري، في هذه الحالة يجب التمييز بين حالة ما اذا كان الهلاك بخطأ المشتري او من دون خطأه. فاذا كان بخطأه فعليه تعويض البائع، ويكون التعويض برد قيمة المبيع وقت هلاكه[1]. واذا لم يكن بخطأه بل لقوة قاهرة، أي ان المشتري كان حسن النية لاعتقاده بصحة العقد وبأنه انما كان يتسلم ماهو مستحق له، فلا يلزم بالتعويض. ولكنه اذا كان قد استفاد من المبيع الهالك فانه يرد مايقابل المنفعة التي حصل عليها منه. ويرد كذلك بقايا الشيء الهالك اذا كان هناك بقايا[2].

كما انه، يرد على نظرية البطلان استثناءان لهما حكمهما الخاص خلافا للقواعد المتقدمة وهما:-

---

[1] اذ قضت محكمة التمييز ((اذا كان المعمل موضوع العقد الباطل قد ادمج بمعمل اخر واصبح من المتعذر اعادة الطرفين الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد الباطل فيتعين التحول الى التعويض النقدي)) القرار المرقم ٢٩٢/ موسعة اولى/ ٨٩ في ١٩٩٠/٢/٢٨م، القرار مشار اليه في مجموعة الاستاذ ابراهيم المشاهدي، ج٥، ص٤٥.

[2] انظر د. عبد المجيد الحكيم، مصدر سابق، ص٢٦١. وكذلك: د. وحيد رضا سوار، التصرف القانوني في القانون المدني الجزائري، معهد البحوث والدراسات العربية، دار الشعب، القاهرة، ١٩٧٥، ص٢٠٠.

١- اذا كان القصد السيء مشترك بين الطرفين او كان القصد السيء موجودا لدى من قام بالتسليم فقط، ففي هاتين الحالتين لايجوز استرداد مادفع. وذلك لانه في الحالة الاولى كان كل من طرفي العقد مخطئاً، وفي الحالة الثانية كان الخطأ يصدر من جانب الطرف الذي قام بالتسليم ولم يشترك معه الطرف الاخر. لذلك فانه لايجوز الاسترداد لانه اذا اجزنا الاسترداد نكون قد ساعدنا الطرف السيء على الاستفادة من خطئه اما اذا كان القصد السيء موجودا لدى من تسلم الشيء فقط، جاز لمن قام بالتسليم ان يسترد مادفعه لانه لم يرتكب خطأً[١].

٢- لايلزم ناقص الاهلية اذا أبطل العقد لنقص اهليته ان يرد غير ماعاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد. وذلك وفقا للفقرة الثالثة من المادة (١٣٨) من القانون المدني العراقي. وذلك لان الاهلية من شروط صحة العقد، فناقص الاهلية اذا ابرم عقدا فانه لايكون ملزما بتنفيذه، واذا كان قد تسلم شيئا تنفيذا لهذا العقد فعليه ان يرده. فاذا كان شيئا واتلفه، او نقودا وصرفها، فانه يرد الى الطرف الاخر مقدار المنفعة التي حصل عليها من الشيء[٢].

ويلاحظ ان العقد يبطل باعتباره تصرفا قانونيا، وان الاثار التي تختفي مع بطلانه هي الاثار التي اتجهت اليها الارادة. اما الاثار الواقعية فيمكن ان تبقى، ويمكن تنظيمها حينئذ باعتبارها وقائع قانونية لا باعتبارها تصرفات قانونية ارادية. واهم هذه الاثار هي التي تترتب على عقد النكاح اذا اعقبه الدخول، وانتقال الضمان الى المشتري في عقد البيع[٣].

---

[١] انظر د. عبد المجيد الحكيم، مصدر سابق، ص٢٦٢و٢٦٣.

[٢] انظر المصدر السابق، ص٢٦٦.

[٣] د. عبد المجيد الحكيم، المصدر السابق، ص٢٧١. د. وليم سليمان قلادة، مصدر سابق، ص٢٩٩ في الهامش.

بقي ان نشير الى، اثر تقرير البطلان بالنسبة للغير: اذ نجد ان في القانون المدني الفرنسي والقانون المدني المصري، ان هذه المسألة ليست بهذه السهولة في الاحوال جميعها، فعن التصرف القانوني المنعدم قانونا، قد تنشأ مراكز قانونية، تستوجب تدخل المشرع من اجل حمايتها مثل: الغير حسن النية، قد يوجب ان يبقى هذا الاثر او ذاك من اثار التصرف الباطل[١]. وهكذا يتجدد وجود العقد وبطلانه طبقا لتلك الغايات التي يهتم بها القانون. هذه الغايات تستخدم اثار التصرف وسائل من اجل ان تتحقق فتأمر بأن تبقى هذه النتيجة، او ذلك الاثر، او تلك العلاقة على الرغم من بطلان المصدر. فليس للجزاء اذن من فائدة او من سبب الاّ حين يرعى هذه القاعدة التي وضع من اجلها. أي من اجل ان يصلح بقدر الامكان اثار مخالفتها، بأن يحمي ضد اثار هذه المخالفة، المصالح التي كانت القاعدة موضوعة لتقريرها[٢]. وهكذا يتبع الجزاء تلك المصالح المختلفة، فيتنوع ويتكيف ليلائم كل مركز، ويحقق التوازن بين المصالح المحيطة بالتصرف المختلف.

ومقتضى ذلك ان الغير اذا ما اكتسب بحسن نية حقا عينيا على عقار قبل تسجيل دعوى البطلان او التأشير بالحكم الصادر فيها، فان هذا الحق يظل قائما لايؤثر فيه البطلان لذلك يستحيل رد المتعاقدين الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد. ولذلك فلا مناص من الحكم بتعويض معادل على المتعاقد الذي استحال عليه الرد. وكذلك الحال اذا كان المتصرف اليه بعقد باطل قد اجر الشيء المتصرف اليه فيه فإن هذا الايجار يظل قائما لصالح المستأجر اذا ماكان حسن النية[٣].

اما في القانون المدني العراقي، فانه اذا تقرر بطلان العقد زال كل اثر له، لافيما بين المتعاقدين فقط، بل بالنسبة للغير ايضا. فاذا باع شخص عينا ثم رتب المشتري

---

[١] د. مصطفى الجمال، النظرية العامة للالتزامات، الدار الجامعية، الاسكندرية، ١٩٨٧م، ص١٩٧.

[٢] د. وليم سليمان قلادة، مصدر سابق، ص٢٩٢.

[٣] د. مصطفى الجمال، مصدر سابق ، ص١٩٧-١٩٩.

عليها حقا عينيا، كرهن او حق ارتفاق مثلا، او باعها، ثم تقرر بطلان العقد، فالبائع الاول يسترد العين خالية من الحقوق العينية التي رتبها المشتري، ويستردها كذلك من المشتري الثاني[١]. كما ويترتب الحكم نفسه، في حالة فسخ العقد، بمعنى ان البائع يسترد العين من المشتري الثاني اذا كان المشتري الاول قد باعها، ويستردها من المشتري الاول خالية من الحقوق العينية التي رتبها عليها، ولكن يرد على حالة فسخ العقد هذه استثنائين[٢]:-

(الاول)، يتعلق بعقود الادارة المبرمة بحسن نية، كعقد الايجار ثابت التاريخ المبرم بين المشتري والمستأجر حسن النية فان عقد الايجار يبقى ولايفسخ، ولايستطيع البائع ان يسترد العين من يد المستأجر قبل انتهاء الايجار.

والاستثناء (الثاني)، يتعلق بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية، فاذا كان المبيع منقولا وتسلمه المشتري ثم باعه من شخص اخر حسن النية وسلمه اياه ثم فسخ العقد، فالبائع الاول لا يستطيع استرداد المبيع من المشتري الثاني[٣]. الاّ في حالة اضاعة المنقول او سرقته او غصبه او خيانة الامانة اذ يستطيع مالك المنقول ان يسترد المبيع على الرغم من الحيازة في خلال ثلاث سنوات من وقت الضياع او السرقة او الغصب او خيانة الامانة[٤].

مع ذلك فان التعويض العيني قد يثير افكارا اخرى تتعلق بتصحيح العقد الباطل وهذا ما سيكون موضوع الشق الثاني من هذا المطلب.

---

[١] د. عبد المجيد الحكيم، مصادر الالتزام، المصدر نفسه، ف٥٠٠ ص٢٦٦. ويمكن حماية الغير حسن النية في هذه الحالة بالزام المشتري الثاني بتعويض هذا الغير تعويضا نقديا.

[٢] أنظر : المصدر السابق، ص٣٨٠.

[٣] المادة (١١٦٣) من القانون المدني العراقي.

[٤] المادة (١١٦٤) من القانون المدني العراقي.

ثانيا: التعويض العيني وتصحيح العقد الباطل:-

ستبين في هذا النطاق التعويض العيني بحفظ العقد والذي يتمثل بحرمان الطرف الاثم من الحق في ابطال العقد، ومن ثم التعويض العيني بابرام العقد على الرغم من غياب ارادة احد الطرفين.

١- التعويض العيني والابقاء على العقد

الاصل، ان المتعاقد لا يعد مسؤولا عن التعويض عند عدم تنفيذ العقد تجاه المتعاقد الاخر، اذا كان العقد باطلا منذ تكوينه. فالمسؤولية العقدية لامحل لها، الا اذا كان العقد صحيحا. ومع ذلك فقد تترتب المسؤولية استثناءا على احد الطرفين ليس بسبب العقد الباطل، ولكن بمناسبة بطلان العقد، استنادا الى قواعد المسؤولية التقصيرية. كما لو لجأ ناقص الاهلية (قاصر، سفيه) الى طرق احتيالية لاخفاء نقص اهليته، وكانت هذه الطرق قد حدت بالعاقد الاخر الى التعاقد ففي هذه الحالة يجب على ناقص الاهلية ان يقوم بالتعويض عن خطئه التقصيري[١]. على انه يتعين هنا ان يكون ناقص الاهلية قد ارتكب احتيالا حقيقيا لا مجرد كذب، فمجرد تصريح ناقص الاهلية برشده يعد كذبا لا يعتد به في هذه الحالة لعدم اقترانه بطرق احتيالية، ومن هذه الطرق ان يقدم القاصر شهادة ميلاد مزوره. او كان يتسمى باسم اخ له اكبر منه، ويستعمل شهادة ميلاده، ليوهم من يتعاقد معه بانه كامل الاهلية، لاتمام العقد.

استنادا لما تقدم، فقد اجاز المشرع المصري التعويض، وذلك بالنص على هذه الحالة في المادة (١١٩) من القانون المدني المصري تقول: ((يجوز لناقص الاهلية ان

---

[١] د. وحيد رضا سوار، مصدر سابق ، ص٢٠٤.

يطلب ابطال العقد، وهذا مع عدم الاخلال بالزامه بالتعويض، اذا لجأ الى طرق احتيالية ليخفي نقص اهليته))[١].

وورد في مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري بصدد هذا النص تطبيقا خاص لنظرية الخطأ المتعمد، حيث لجوء ناقص الاهلية الى الغش يسقط اساس الحماية القانونية التي تستند على افتراض عدم خبرة او قلة تجربة ناقص الاهلية[٢]. ويلاحظ انه في هذا النص ترك المشرع المصري للقاضي الحرية في اختيار طريقة التعويض، وعلى القاضي في هذه الحالة الموازنة بين حماية ناقص الاهلية وحماية الطرف الاخر حسن النية.

ويذهب الرأي الراجح في هذا الصدد الى ان خير تعويض في هذه الحالة هو التعويض العيني ، ويتمثل في حرمان ناقص الاهلية المخطيء من الحق في ابطال العقد[٣]. وبدورنا نرجح ذلك، وذلك لان فائدة الابقاء على العقد ستكون في اكثر الاحيان افضل من التعويض النقدي الذي سيدفع للطرف الاخر اذا كان العقد باطلا. كما وانه لابد من حماية مظهر الثقة المشروعة في العقود وذلك بتوطيد هذا المظهر لحفظ العقد بدلا من التعويض النقدي، وبذلك فان حفظ العقد يكون افضل تعويض عن خطأ ناقص الاهلية.

اما المشرع العراقي فانه لم يجز الاختيار الذي سمح به القانون المدني المصري في المادة (١١٩)- سالفة الذكر-، فنجد ان الفقرة الثانية من المادة (١٣٧) من القانون

---

(١) تقابلها المادة (١٢٠) مدني سوري، والمادة (١٣٠٧) من القانون المدني الفرنسي .

(٢) مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج٢، ص١٣٤-١٣٨.

(٣) د. وحيد رضا سوار، مصدر سابق ، ص٤٠٥. وانظر في الفقه الفرنسي:-

Planiol, Ripert et Esmein, OP, cit, Tvl, n79. Planiol, Traite elementaire de droit civil, T.ll, 9 ed, 1923, n 1088. Demogue, OP, cit, t.ll, n 698. Josserand, Cours de droit civil positif francais, 3 ed, 1939, P.111-112. Brun, Rapports et domaines des responsabilite contractuelle et delictuelle, these, Lyon, Paris 1931, n 155.

المدني العراقي تنص على انه ((فيكون العقد باطلا اذا كان في ركنه خلل كأن يكون الايجاب والقبول صادرين عمن ليس اهلا للتعاقد...)).

ويتضح من هذه المادة انه يبطل العقد الذي يكون احد اطرافه ليس اهلا للتعاقد، ولايلزم ناقص الاهلية بتعويض الطرف الاخر حسن النية وانما وفقا للمادة (٣/١٣٨) من القانون المدني العراقي يلزم ناقص الاهلية برد ماعاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد.

كما ويمكن ان نجد تطبيقا اخر للابقاء على العقد على سبيل التعويض، في حالة التدليس الصادر عن الغير، وفي هذا الشأن يقول الاستاذ السنهوري ((وهذا عدل. لاننا اذا ابطلنا العقد في هذه الحالة فللمتعاقد الاخر وهو حسن النية ان يطلب تعويضا، وخير تعويض هو بقاء العقد على سبيل التعويض، لا على الارادة الحقيقية للمتعاقد))[١].

ويذهب الرأي الراجح الى انه يبرر ابقاء العقد في هذه الحالة بتعويض عيني، لمشروعية العقد. حيث الطرف الاخر لم يعلم ولايستطيع ان يعلم بالخطأ او غش الشخص الاخر[٢]. ويستند هذا التعويض على اساس ان المظهر الخداع -وهو العمل الضار- قد فوت على من اطمأن اليه الاثر الذي كان يقصده من التعاقد، فيجب تعويضه عن فواته. وذلك حماية للثقة المشروعة بين الناس[٣].

فضلا عن ذلك فان التعويض العيني بابقاء العقد يتحقق في حالة ما اذا كان الخطأ كبيراً جدا من المتعاقد فيكون التعويض الكامل هو الرفض للابطال. فالطرف المتعاقد الذي يرتكب خطأ يجب ان يتحمل هنا النتائج. وخاصة فيما يتعلق بضمان العيوب

---

(١) ويرى السنهوري بأنه (يصح القول هنا بأن القانون المدني المصري اخذ بالارادة الظاهرة دون الارادة الباطنة، وعندئذ يقوم العقد على توافق الارادتين). الوسيط، ج١، ص١٨٤، ص٣٣١. وانظر في المعنى نفسه. د. عبد المجيد الحكيم، مصادر الالزام، المصدر نفسه، ص٦١.

(٢) مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج٢، ص١٥٢ و١٧٦. وانظر في الفقه الفرنسي. Ripert (G.), La regle morale dans les obligations civiles, 4 ed, 1949, n 44. Aktham El-Kholy, n 193.

(٣) انظر د. عبد المجيد الحكيم، مصدر سابق، ص٦١.

خاص بموقع المنشاوي للدراسات والبحوث www.minshawi.com

الخفية. ونحن هنا لانريد ان نتحقق من وجود الخطأ او عدمه وذلك لان الخطأ يكون كبيراً جدا على ان لايشك الطرف الاخر بعدمه، وهنا يُراعى المعيار الموضوعي لهيئة العيب الواضح بعد التنفيذ او التجربة. وعلى القاضي ان يهتم بالموازنة بين المصلحة السلبية[١] القابلة للتعويض النقدي والمنفعة الايجابية[٢] التي تقضي ببقاء العقد على انه تعويض عيني قانوني اضافة الى اصلاح العيوب على انها تعويض عيني مادي[٣].

٢- التعويض العيني بابرام العقد على الرغم من غياب ارادة احد المتعاقدين:-

يشتمل التعويض العيني على ابرام العقد على الرغم من غياب ارادة احد المتعاقدين. والذي يجب ان يكون باطلا تطبيقا لقواعد البطلان وذلك لتخلف ركن الرضا لافتقاره لارادة الطرف الاخر. ويفسر هذا الميل ضمن اجراء معين من خلال الرغبة في مواجهة نظرية التعهد بالارادة المنفردة، لتبرير بعض الحلول المتزنة في القانون المدني. ومن هذه التطبيقات:-

أ- صيانة العرض والمفاوضات العقدية:-

يسبق التعاقد عادة عرض يتقدم به احد الطرفين للاخر، يعقبه مفاوضات قد تطول وقد تقصر. والاصل ان هذه المفاوضات غير ملزمة ولايترتب على قطعها اية مسؤولية، الا اذا اقترن قطعها بخطأ سبب للطرف الاخر ضررا، فيسأل من قطعها عندئذ وتكون مسؤوليته تقصيرية لاعقدية[٤]. لقد اختلف الفقه بشأن امكانية الحكم بابرام

---

[١] التعويض عن المصلحة السلبية، يقتصر على الخسارة الحالة التي تتمثل في نفقات النقل ونفقات العقد والجهد المبذول والتكاليف وكل خسارة يتسبب بها الابطال.

[٢] التعويض عن المصلحة الايجابية، يتمثل بالتعويض عن الكسب الفائت أي الارباح والمزايا التي كان سيحصل عليها المتعاقد لو انه تم تنفيذ العقد.

[٣]) Planiol, Ripert et Esmein, OP, cit, n 180 et 189. Ripert et Boulanger, OP, cit, n 216.

[٤] د. عبد المجيد الحكيم، مصادر الالتزام، المصدر نفسه، ص٦٤.

العقد على انه تعويض عيني لجبر الضرر الذي اصاب المتضرر، بعبارة اخرى هل يستطيع القاضي ان يلزم الدائن والمدين بابرام العقد النهائي اذا وجد الدائن نفسه مضطرا لقطع المفاوضات العقدية لعدم حصوله -مثلا- على المعلومات الضرورية للتعاقد ؟[١].

فقد ذهب رأي الى جواز الحكم بالتعويض العيني وذلك بابرام العقد جبرا على ارادة المتفاوض الذي قطع المفاوضات[٢].

ويذهب الرأي الراجح الى انه، لايكفي التبرير بابرام العقد على انه تعويض عيني لتعويض الضرر الناجم عن خطأ ارتكبه المدين للحيلولة من دون ابرام العقد. واية ذلك ان مثل هذه السلطة لاتعطى للقاضي في حالة الاخلال بالتزام قبل التعاقد الا اذا تدخل المشرع فاستلزم مثل هذا التعويض، وذلك لان ابرام العقد نتيجة لوقوع اخلال بالالتزام ناشيء في مرحلة المفاوضات العقدية يعني وجود الزام بالتعاقد وهذا الالزام يحتاج الى نص تشريعي[٣]. بعبارة اخرى، لايمكن ان يؤخذ بالتعويض العيني الا بعد صدور الايجاب، لانه ليس في يد القاضي قبل ذلك، تحديد شروط العقد الذي يريد ابرامه جبرا على ارادة المتفاوض الذي قطع المفاوضات[٤]. كما ان سلطة القاضي مهما بلغت من القوة لايمكن ان تحل محل ارادة الطرفين لابرام عقد لم تلتق الارادتان في سبيل ابرامه، والقول بخلاف ذلك يزعزع مفهوم العقد برمته، فاذا كان العقد تصرفا قوامه الارادة

---

[١] د. صبري حمد خاطر، الالتزام قبل التعاقد بتقديم المعلومات المتعلقة بالعقد، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، كلية القانون، جامعة بغداد، المجلد (١١)، العدد الاول، ١٩٩٦م، ص١٨٤.

[٢]) Weill (A.), Droit civil, les obligation, 4 ed, D, 1986, P.149.

[٣] Viney (G), Traite de droit civil, les obligations, la responsabili: Conditions. L.G.D.J. Paris, 1982, P.235.

[٤] سليمان براك دايح الجميلي، المفاوضات العقدية – دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية صدام للحقوق، جامعة صدام، ١٩٩٨م، ص١٠٩.

فكيف يعقد من دونها[1]. والى جانب هذا فان التعويض بهذه الصورة لايؤدي الى اصلاح الضرر فحسب وانما يؤدي الى اثراء الدائن على حساب المدين، فبدلا من ان يعوض عما اصابه من ضرر نتيجة عدم تزويده بالمعلومات اللازمة عن مضمون العقد، سيثري عن مضمون عقد جديد اثراءً ما كان سيحصل عليه طبقاً للمجرى العادي للامور[2]. واذا كان ابرام العقد سيقضي به من دون حصول الدائن على المعلومات فهو بذلك سيقضي بوجود عقد لا يكون الرضا فيه مستنيراً[3]. لذلك يقتصر التعويض عن الاخلال بالمفاوضات العقدية على التعويض النقدي، وذلك بتعويض المتضرر عن النفقات التي صرفت في سبيل ابرام العقد، والفرص التي ضاعت عليه بسبب وثوقه بالمفاوضات[4].

ب- الايجاب القائم الملزم:-

اذا صدر الايجاب باتا وحدد الموجب مدة للطرف الاخر ليقبل في خلالها او يرفض فانه يكون ملزما بالبقاء على ايجابه حتى نهاية المدة التي حددها. فاذا عدل عن ايجابه ثم صدر القبول في خلال المدة المحددة، فلا عبرة بعدوله ويتم العقد ويكون كل من المتعاقدين ملزما بتنفيذ الالتزامات التي يولدها العقد على عاتقه. واساس التزام الموجب بالبقاء على ايجابه هو الارادة المنفردة بنص القانون وفقا للمادة (٨٤) من القانون المدني العراقي[5].

---

(١) Viney, OP, cit, P.232.

(٢) Ibid, P.235.

(٣) د. صبري حمد خاطر، بحثه السابق، ص١٨٥.

(٤) سليمان براك دايح الجميلي، مصدر سابق ، ص١١٠.

(٥) د. عبد المجيد الحكيم، مصدر سابق، ص٦٧. الاستاذ السنهوري، الوسيط، ج١، ص٢١١. د. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقا للقانون الكويتي –دراسة مقارنة، ج١ في مصادر الالتزام، المصادر الارادية (العقد والارادة المنفردة)، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٨٢م، ص٦١٤-٦١٥. وانظر كذلك،

ويقول الاستاذ السنهوري في هذا السياق: ((يعدّ رجوع الموجب في الايجاب القائم الملزم خطأ لكونه سابقا لاوانه، وقد يكون خير تعويض عن الضرر الذي يصيب الموجب له، هو اعتبار العقد قائما على سبيل التعويض العيني))[١].

كما يرى الاستاذ اسمان "Esmein"، ان رجوع الموجب عن الايجاب الملزم، يفسر للقاضي حرية اختيار طريقة التعويض (عينيا او نقديا) تبعا لاهمية الضرر. لذلك فان القاضي لايعدّ العقد قائما الا اذا كان الضرر مهما ويكفي تبرير هذا الحكم[٢].

وقد انتقد البعض هذا الرأي المتقدم قائلاً، ان اعتبار العقد منعقدا على سبيل التعويض، امر يتنافى وحقيقة العقد الذي يقوم على توافق ارادي طرفيه، لذلك يقتصر التعويض على دفع مبلغ نقدي لجبر الضرر الذي آلم بالمتفاوض الاخر عن خسارة تحل او كسب يفوت[٣].

وبدورنا نرجح تطبيق حكم التعويض العيني على اساس ان العقوبة العينية اكثر مطابقة لروح القانون، وذلك لحماية الاخرين. اذ لا اثر للرجوع عن الايجاب الملزم، ومن ثم فانه يبقى صالحا لنشوء الرابطة العقدية ان صادفه قبول موافق له.

ج- السكوت في معرض الحاجة بيان:-

اذا سكت من وجه اليه الايجاب، ولكن ظروف الحال كانت توجب عليه ان يفصح عن ارادته بالقبول او الرفض، فالشارع يعدّ سكوته دليلاً على موافقته وقبوله[٤]. وقد

مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج٢، ص٣٦. د. عباس زبون العبودي، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري، اطروحة دكتوراه، كلية القانون جامعة بغداد، ١٩٩٤م، ص٩٦.

[١] الاستاذ السنهوري، نظرية العقد، دار الفكر للطباعة والنشر، القاهرة، ١٩٣٤، ف٢٤٢، ص٢٤٥. وانظر د. عبد الحي حجازي، مصدر سابق، ص٦١٣.

[٢] Planiol, Ripert et Esmein, t6, OP, cit, n 132.

[٣] سليمان براك دايح الجميلي، مصدر سابق ، ص٢٢و٢٦.

[٤] د. عبد الميجد الحكيم، مصادر الالتزام، المصدر نفسه ، ص٧٢.

عبر القانون المدني عن ذلك بقوله في المادة (٨١): ((... ولكن السكوت في معرض الحاجة الى البيان يعدّ قبولا)). وقد نص المشرع العراقي في الفقرة الثانية من المادة نفسها على ثلاث حالات يعدّ السكوت فيها قبولا وهذه الحالات هي:-

١) اذا كان هناك تعامل سابق واتصل الايجاب بهذا التعامل.

٢) ان يتمخض الايجاب لمنفعة من وجه اليه.

٣) اذا تسلم المشتري البضاعة التي اشتراها وسكت، فان سكوته يعدّ قبولا لما ورد في قائمة الثمن من شروط. وليس فيما تقدم الا امثلة على سبيل الحصر. فكل سكوت تلازمه ملابسات تدل على الرضا فهو سكوت ملابس، ويعدّ قبولاً[1].

وبهذا الصدد اذا كان الموجب لم يتلق رفضا من الموجب له، بمعنى ان هذا الاخير ظل صامتا. وقد قام الموجب استنادا الى القاعدة المقررة في النص اعلاه، بتصنيع البضاعة وارسالها الى الموجب له، ولكن الموجب يفاجأ برفض البضاعة بمعنى رفض العقد. وهنا يتضرر الموجب من فعل الموجب له هذا، وعندئذ كيف يعوض الموجب عن خسارة حالة وكسب فائت ؟.

يذهب الرأي الراجح، الى انه خير تعويض في هذه الحالة الحكم بابرام العقد على انه تعويض عيني لجبر الضرر الذي لحق بالموجب. وذلك استنادا الى نص المادة (٨١) من القانون المدني العراقي. كما ان الحياة في المجتمع تفرض على الفرد عدد معين من الواجبات ومنها التزام الكلام في حالات معينة، اذ ان الاصل في التعاقد ان لاينسب الى ساكت قول، ولكن إن صمت الموجب له استثناءا يعد قبولا بالايجاب وفقا للمادة (٨١) -سالفة الذكر- فان رفض هذا الايجاب لابد ان يكون باتخاذ وضع ايجابي

[1] أنظر في هذا المعنى : السنهوري، الوسيط، ج١، ص٢٢٤.

وذلك بالتصريح واعلان الرفض[١]، والا فأن الموجب له يرتكب خطأ ويكون التعويض لهذا الخطأ منسوبا الى ارادة الموجب له. وقد تبنى جانب من الفقه فكرة الالتزام القانوني للجواب[٢] ،وتبنى جانب اخر فكرة التعسف بسكوت الموجب له[٣] وذلك لايجاد اساس لمسؤولية هذا الاخير.

ولاجل ابرام العقد بهذا الصدد فاننا نفترض وجود الارادة بمعنى قبول الموجب له الضمني، كما اننا نهدف من ذلك ابطال (احباط) حساب الموجب له الذي يريد ان يبقى الايجاب قائما ليعطي لنفسه القدرة على قبول العقد او رفضه تبعا لتقلبات الاسعار في السوق. وبذلك يكون الالتزام القانوني للموجب له هو التزام الجواب (بمعنى التصريح برفض الايجاب) وليس التزام الموافقة (لان الموافقة في هذه الحالة تصدر عن مجرد وضع سلبي يتخذه الموجب له وذلك هو السكوت).

كما يلاحظ ان اتباع فكرة التعويض العيني بابرام العقد في هذا الصدد، يوسع فكرة التعويض العيني. اذ تحتوي على معنى مزدوج: (الاول) على اساس التزام حفظ الجهد الذي قام به الموجب. و (الثاني) جزاء لعدم تنفيذ الموجب له لالتزامه اذ ان مجرد سكوته عن الايجاب يعده متعاقدا ويلتزم بتنفيذ العقد. وتذهب مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري للقول بهذا الصدد. ((ان انقضاء الميعاد المعقول او المناسب هو الذي يحدد وقت تحقق السكوت النهائي الذي يعدل القبول ويكون له حكمه، وفي هذا الوقت يتم العقد))[٤].

---

(١) ويقول السنهوري بهذا الصدد (اذ لو كان الساكت اراد ان يعترض لتكلم، ولكنه سكت في معرضه الحاجة للكلام)، الوسيط، ج١، س٢٢٤.

(٢) Demogue, T1, OP, cit, n 185. Barrault (J.), Essai sur le role du silencc createur d'obligations, these, Dijon, 1912, P.90.

(٣) Josserand, Esprit des droits, n 102. Cours, t 2, n 45.

(٤) مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج٢، ص٥٧و٥٨.

د- التعاقد بين غائبين:-

يكون التعاقد بين غائبين اذا لم يجمع المتعاقدين مجلس واحد. ويتم ذلك بواسطة رسالة او برقية او بوساطة رسول يحمل الكلام ولاتكون له صفة النيابة. ويعدّ التعاقد قد تم بين غائبين اذا فصل فاصل زمني بين صدور القبول وعلم الموجب له. كأن يصدر الايجاب والمتعاقدان في مجلس واحد، ولكن عندما يصدر القبول لايكون المتعاقدان في مجلس واحد. او كما اذا حدد الموجب ميعادا للقبول وافترق المتعاقدان، ثم ارسل الموجب له القبول باحدى الوسائل المذكورة انفا[1]. فالعبرة ليست اذن باتحاد المجلس او اختلافه، بل يتخلل مدة من الزمن بين صدور القبول والعلم به[2].

ولكي ينتج القبول اثره، وهو ابرام العقد، لابد ان يجد ايجابا صالحا للاقتران به وان يوافق القبول الايجابي بشكل عام، وفقا للمادة (٨٥) من القانون المدني العراقي. وان القبول الذي ينعقد به العقد هو الذي يصدر وقت قيام الايجاب، ويكون الايجاب قائما عند قيام مجلس التعاقد، ومجلس التعاقد بين غائبين هو مجلس استلام القبول (المادة ٨٧ من القانون المدني العراقي)[3].

بيد انه قد يسقط الايجاب قبل وصول القبول وبذلك فان القبول عند وصوله للشخص -الذي رجع عن ايجابه- لايصادف ارادة يقترن بها حتى يبرم العقد، وبذلك فان هذه الارادة أي ارادة القبول، تتحول الى ايجاب جديد موجه الى الموجب الاول، ومن ثم فان ارادة القبول هذه تؤدي الى نقل صلاحية ابرام العقد الى الموجب الاول، الذي عليه، ان اراد ابرام العقد ان يصدر قبوله بها[4].

---

[1] د. عبد المجيد الحكيم، مصادر الالتزام، المصدر نفسه ، ص٨١.

[2] السنهوري، الوسيط، ج١، ص٢٣٨.

[3] انظر د. عبد المجيد الحكيم، مصادر الالتزام، المصدر نفسه، ف١٢٦ ص٨٣.

[4] د. انور سلطان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام -دار المعارف، مصر، ١٩٦٢، ص١٣٠ ف١٠٠.د. عبد الفتاح عبد الباقي، موسوعة القانون المدني – نظرية العقد والارادة المنفردة، بلا مكان طبع، ١٩٨٤، ص ١٣٤، ف ٦٢.

ويبدو لنا الى جانب ما نقدم ان السؤال يُثار فيما اذا كان الموجب قد رجع عن ايجابه بعد وصول القبول، فهل يمكن في هذه الحالة الحكم بابرام العقد على سبيل التعويض العيني كي لاننكر حق الموجب له الذي اطمأن او احتمى بالثقة المشروعة بالتعاقد واوصل قبوله مراسلة الى الموجب ؟

يذهب الرأي الراجح الى ان، الرجوع عن الايجاب لا اثر له بعد وصول القبول وان خير تعويض هو الحكم بابرام العقد وذلك على انه تعويض عيني عن الضرر الذي لحق بالموجب له سواء عن خسارة حالة ام كسب فائت[١].

ويدعم انصار هذا الرأي، رأيهم هذا، بالقول ان القضاء الفرنسي يحافظ دائما على مبدأ الايجاب الموجه الى الشخص الاخر، ويعدّ الموجب متعسفاً في رفضه للتعاقد عند العدول عن ايجابه بعد وصول القبول. اذ كان للموجب الوقت الكافي للرجوع عن ايجابه قبل وصول القبول. وان رفض ابرام العقد في هذه الحالة قد سبب ضررا للموجب له، لذلك وحماية للثقة المشروعة بين الناس فانه يعدّ العقد قائما على سبيل التعويض. كما وان بعض قرارات القضاء الفرنسي لم تحكم بالتعويض العيني بابرام العقد وانما لجأت الى الحكم بالتعويض النقدي عن الخسارة الحالة وذلك لان الخسارة الحالة (المصلحة السلبية) اقل من الكسب الفائت (المصلحة الايجابية)[٢].

وبدورنا نرجح هذا الرأي نظرا لاستناده الى قاعدة استقرار المعاملات من خلال حماية الثقة المشروعة بالعقد.

المطلب الثاني

التعويض العيني وحجية التصرف القانوني بالنسبة للغير

---

[١] Chabos (J.), De la declaration de volonte en droit civil francais, these, Paris, 1931, P.108. Martin de la Moutte (J.), L'acte juridique unilateral these, Toulose, Paris, 1951, n 310, 311.

[٢] Chabas, OP, cit, P.200. Martin de la Moutte, OP, cit, n 306-316.

ان التصرف القانوني بما ينشئه بين طرفيه من التزامات شخصية يكون حجة على الغير الذي لم يكن طرفا فيه، ويجب عليه احترام الوضع القانوني الذي انشأه. واذا لم يكن الغير مسؤولاً عن تنفيذ الالتزامات العقدية، فان عليه ان يحترم هذه الالتزامات وان لايتسبب في اعاقة تنفيذها بما يلحق الضرر بالدائن[١].

هذا المبدأ قد استقر في الفقه والقضاء الفرنسيين[٢]،بعد ان اختفى التفسير المتزمت للمادة (١١٦٥) من القانون المدني الفرنسي [٣].

اما في الفقه العراقي، فان مبدأ حجية التصرف القانوني بالنسبة للغير يعرض كحقيقة مسلم بها على الرغم من ان المشرع لن ينص عليه صراحة. وذلك لان المفهوم المخالف لانصراف اثر العقد الى المتعاقدين والخلف العام- كما نصت على ذلك المادة (١٤٢) من القانون المدني -يعني ان اثر العقد لاينصرف الى الغير[٤]. لذلك يقال في شرح هذا المبدأ، ان اثر العقد لايسري في حق الغير او ان العقد لاينفذ في حقه كذلك.[٥]

---

[١] د. اسماعيل غانم، النظرية العامة العامة للالتزام، مصادر الالتزام، الناشر مكتبة عبد الله وهبة، مصر، ١٩٦٦م، ص٣٣٩. وانظر كذلك، د. حمدي عبد الرحمن، الحقوق والمراكز القانونية، القاهرة، ١٩٧٥-١٩٧٦، ص١٤٩.

[٢] Aussel (J.), Essai sur la notion de tiers en droit civil Frasncais, these, monpellier, 1953, p.26 et V.aussi Weill(A.), le principe de la relativite de convention, en droit prive Francais, these, Paris, 1936, n 6.

[٣] تقضي المادة (١١٦٥ مدني فرنسي) بان العقد لاينفع "الغير ولايضره. ويعرف "جوسران" الغير بأنه، الشخص الذي لاتربطه اية علاقة التزام بأحد اطراف العقد لا في الحاضر ولا في المستقبل. وقد دأب الفقه الفرنسي التقليدي في ظل هذه المادة على ان الاثر الملزم للعقد يقتصر على العاقدين، بمعنى انه لا يرتب التزاما على "الغير"ولا يقرر له- من حيث المبدأ- حقا. انظر، د. صبري حمد خاطر، الغير عن العقد- دراسة في النظرية العامة للالتزام، ط١، الناشر الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، ٢٠٠١، اصل الكتاب اطروحة دكتوراه، كلية القانون جامعة بغداد، ١٩٩٢م، ص٥٠.

[٤] المصدر السابق، ص٦١.

[٥] د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني العراقي، ج١ في مصادر الالتزام، ط٥، بغداد، ١٩٧٧م، ص٣٣٨.

او ان القاعدة هي ان الغير لايتأثر بالعقد ولا ينهض حجة ضده فهو لايفيد من عقد كهذا او لايلتزم باي التزام[١].

ولما كان التصرف القانوني حجة على الغير فانه من الممكن ان يصبح وسيلة للاضرار به وبالتالي وجوب حماية الغير من الضرر فيما لو ظل العقد حجة عليه. وبذلك الاستثناء فان التصرف القانوني لايعدّ حجة على الغير، اذا كان القصد من هذا التصرف الاضرار بحقوق الغير.الناشئة من عقد سابق، فيكون لصاحب الحق المتولد عن عقد[٢]: ان يتجاهل التصرف القانوني الذي لم يكن طرفا فيه، اذا كان هذا التصرف يؤدي الى الاضرار بحقوقه الناشئة عن العقد. ولكن ماهي طبيعة دعوى عدم الحجية، أ هي تعويض عيني ام لا ؟ فذهب رأي للقول بانها دعوى غش، وذهب رأي اخر للقول بانها دعوى مسؤولية تقصيرية لمسؤولية الغير عن الاخلال بالعقد. ونرى من المناسب عرض هذين الرأيين في سبيل تحديد الراجح منهما، وذلك على النحو الاتي:-

الرأي الاول:- يستند الى مبدأ ان الغش يفسد كل شيء، هذا القول المأثور يصوغ مبدأ يعلو في سموه على كل قاعدة قانونية[٣]. وتأسيسا على هذا المبدأ حاول اصحاب هذا الرأي محاولة وضع نظرية عامة في الغش لدعوة القضاء لمنع الغش اينما كان كامنا، ومحاربته حتى ولو لم يكن هناك نص في القانون[٤].

وكان لمحكمة النقض الفرنسية فضل السبق في ارساء دعائم هذا المبدأ، وبالتالي عدم حجية التصرف القانوني اذا كان مشوبا بالغش اضرارا بالمشتري الاول. فقضت

---

[١] د. غني حسون طه، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، الكتاب الاول في مصادر الالتزام، بغداد، ١٩٧١م، ص٣٢١.

[٢] كما ويمكن ان ينشيء الحق عن واقعة قانونية كالفعل الضار. ويحفظ الغير حقه عن طريق الدعوى البوليصية.

[٣] Planiol, Ripert et Picard, OP, cit, P664, n 650.

[٤] د. شمس الدين الوكيل، اثر الغش على الاسبقية في التسجيل، بحث منشور في مجلة الحقوق السنة (٨) العدد الثاني، مطبعة جامعة الاسكندرية، ١٩٥٩، ص٦٤ ومابعدها.

في ٨/ كانون الاول/ ١٨٥٨م بأن، ((الغش يبرر الاستثناء من القواعد كافة)). وجاء في حكمها ان الغش يجرد التصرف القانوني من كل اثر اذا كان نتيجة تواطؤ او تدبير مشوب بالتدليس بين البائع والمتصرف اليه الثاني. ومنذ ذلك التاريخ استقر القضاء الفرنسي على اعتناق هذا المسلك في منع الغش واهدار اثر التصرف القانوني المشوب به[١].

بيد ان هذا الرأي منتقد من الاوجه الاتية:-[٢]

١- لايمكن الاحتجاج بمبدأ الغش يفسد كل شيء، لان هذا المبدأ لم ينص عليه القانون الوضعي. وغاية الامر انه يعدّ من مبادئ القانون الطبيعي، فلا يصح ان يلجأ اليه الا عند وجود نقص او غموض في التشريع. وغني عن البيان انه لايجوز الاخذ بمبدأ من مباديء القانون الطبيعي اذا كان يخالف قصد المشرع.

٢- ان هذا المبدأ لايعطي معيار واضح لتحديد الغش. ولكن انصاره يقولون بأنه النية السيئة او القصد في الحاق الاذى. الا ان القصد مسألة نفسية يصعب اثباتها.

٣- هناك غموض في تحديد اثار الغش، وهل يترتب عليه بطلان التصرف ؟ بيد انه لايمكن تقرير البطلان لان بطلان التصرف لايمكن ان يطلبه الغير ضمن النظرية التقليدية للبطلان، هذا فضلا عن ان النصوص الخاصة بعدم حجية التصرف لم تنص على البطلان.

ويرد اصحاب هذا الرأي على ذلك بالحجج الاتية:-

---

[١] المصدر السابق، ص٦٧.

[٢] انظر في تفصيل هذه الحجج والرد على المذهب السابق، د. سليمان مرقس، الموجز في البيع والايجار، القاهرة، ١٩٥٨، ف٢١٠ ص٢٧٨ ومابعدها.

١- ان هذا المبدأ من المبادئ الاولية الطبيعة لاحاجة للنص عليها، لانه يجب التعويض عن الغش وذلك بازالته. وان الفقه الذي يستند الى قاعدة قانونية منصوص عليها لتأصيل حكم يرى وجوب اتباعه، فانه بهذه المثابة يزج الاراء في التحرج من الابداع، واللجوء الى قاعدة يأخذ بها المشرع، وذلك لتبرير حلول جديدة تمليها المبادئ العامة او قواعد العدالة والاخلاق[١]. وجاء في حكم محكمة النقض المصرية بأن "قاعدة الغش يبطل التصرفات هي قاعدة قانونية سليمة ولو لم يجربها نص خاص في القانون، وتقوم على اعتبارات خلقية واجتماعية في محاربة الغش والخديعة والاحتيال وعدم الانحراف عن جادة حسن النية الواجب توافره في المعاقدات والتصرفات والاجراءات عموما صيانة لمصلحة الافراد والجماعات".[٢] ويقول اصحاب نظرية الغش بصدد هذا الحكم، "ولعله ليس من اليسير التوفيق في اختيار صياغة اصدق تعبيرا من عبارات محكمة النقض للاستدلال على اصالة هذا المبدأ في الفكر القانوني المعاصر"[٣].

٢- ان الاسناد الى القصد السيء، يعني عدم مشروعية السبب وهو ظاهرة نفسية تكمن في العقد فتبطله بصرف النظر عن النتائج التي تترتب عليها ويجيز للقاضي ولكل ذي مصلحة ان يتمسك بهذا الجزاء. اما الغش فهو يجاوز هذا الاطار النفسي ويفترض تحقيق نتيجة مخالفة للقانون، وهي تتمثل في صورة التواطؤ والذي يؤدي الى تمكين البائع من عدم تنفيذ التزامه عينا في مواجهة المشتري الاول وحرمان هذا الاخير من تملك المال[٤].

٣- لما كان الغش يتضمن الافلات من قاعدة امرة عن طريق استعمال وسيلة فعالة لادراك هذا الغرض، فان الواجب هو تقدير الجزاء الملائم لتفويت هذا الغرض. ومن ثم

---

[١] د. شمس الدين الوكيل، مصدر سابق ، ص٩٥.

[٢] نقض مصري في ٩/ شباط/ ١٩٥٦م، مشار اليه في، المصدر السابق، ص١٠٨.

[٣] أنظر : المصدر السابق، ص١٠٨.

[٤] Jozie Vedale, Theorie generale de la fraude de droit Francais, these, Toulouse, 1957, P.333.

فيمكن ايجاد الجزاء في انه اهدار الاثار المترتبة على استعمال هذه الوسيلة الفعالة. وعلى هذا النحو لاينفذ في حق اصحاب المصلحة النتيجة التي تطلع اليها مرتكب الغش ومن شاركه فيه. هكذا مثلا لايكون البيع الثاني نافذا في مواجهة المشتري الاول، وبذلك تأخذ دعوى الغش صورة دعوى عدم النفاذ[١].

الرأي الثاني:- وذهب رأي اخر الى ان دعوى عدم حجية التصرف القانوني بالنسبة للغير هي دعوى مسؤولية تقصيرية، أي دعوى تعويض عن فعل خاطئ: فالمدين المعسر الذي يتصرف بأمواله غشاً بدائنيه يرتكب خطأ يقيم المسؤولية التقصيرية . وهكذا يتوفر في دعوى عدم حجية التصرف القانوني في مواجهة الغير الركنين الاساسيين للمسؤولية التقصيرية وهما الخطأ والضرر. وخير طريق لاصلاح الضرر، هو اعتبار العقد الثاني الذي ابرمه المدين اضرارا بالمشتري الاول، غير نافذ في مواجهته[٢]. واننا نسلم مع هذا الرأي بالامتثال لان يكون التعويض هنا تعويض عيني لانقدي، يكون في صورة عدم نفاذ التصرف في مواجهة الدائن، والسماح له بعد ذلك باقتضاء حقه من المال الذي تصرف فيه مدينه. ولكن يلاحظ في هذا الشأن، ان اطلاق تطبيق قواعد المسؤولية التقصيرية يقتضي نسبة الخطأ الى المشتري الثاني لمجرد اقباله على شراء المبيع وهو عالم بسبق التصرف فيه لمشترٍ اول، فهذا السلوك وحده يكشف عن سوء النية، ويكفي لتوفر الخطأ التقصيري الذي يلزم صاحبه بالتعويض عن الضرر المترتب عليه.

بيد ان هذا الرأي هو الاخر منتقد، من اصحاب مبدأ ان الغش يفسد كل شيء[٣]، من جهة انه اذا امكن اعتبار التواطؤ عملا غير مشروع، فهنا ينبغي القول باستحالة

---

[١] Jozie Vedale, OP, cit, P.390.

[٢] بمعنى عدم سريان البيع الثاني في مواجهة المشتري الاول. انظر د. عبد الفتاح عبد الباقي، محاضرات في العقود المسمات، مطبوعات جامعة القاهرة، ١٩٥٢، ص١٧٣.

[٣] انظر د. شمس الدين الوكيل، مصدر سابق ، ص١٠٢.

التعويض العيني (عدم نفاذ التصرف) والاكتفاء فقط بالتعويض النقدي. وفضلا عن ذلك، ومع التسليم جدلا بأن الخطأ لايتوفر الا بالتواطؤ، فالمعروف ان تقدير التعويض وطريقته يترك للقضاء امر الفصل فيه. وهذا قد يؤدي الى اغراء القضاء بعدم المساس بالبيع الثاني واطلاق اثره، والاكتفاء بتعويض نقدي يحكم به على البائع والمشتري الثاني، في حدود الضرر الذي اصاب المشتري الاول، والذي يتمثل في الخسارة التي لحقته والكسب الذي فاته. في حين ان جزاء الاضرار بالغير لاينبغي ان يقتصر على ازالة الضرر بعد وقوعه عن طريق التعويض، بل يشتمل بصفة خاصة في منع الضرر من أن يقع[1].

هذه هي خلاصة رأي الفريقين، وخلاصة الاعتراضات التي وجهت اليهما. ويظهر من نقاش الشراح ان جانبا منهم يقتنع بمجرد الغش لاهدار التصرف القانوني. وايا كان الامر في تقديرهما، فالذي يبدو لنا هو ان دعوى الغش وان ادت في بعض الاحيان الى عدم نفاذ التصرف القانوني الا انه لابد من القول ان ثمة نوعين للغش هما:-

اولهما، غش نحو القانون:- اذ يمكن تقرير البطلان لان الطرفين يهدفان الى استبعاد تطبيق احدى القواعد القانونية الامرة.

ثانيهما، غش نحو الاشخاص:- اذ يهدف الطرفان الى الحاق الاذى بالغير وليس استبعاد تطبيق القانون، وهذا الفعل لايكون باطلا فهو يتعلق باحكام المسؤولية، اذ انه من الممكن الحاق الاذى بالغير من خلال تصرف قانوني مثلما يكون من خلال عمل مادي. وقد يطلب المتضرر التعويض وهذا التعويض قد يكون عيناً: المشتمل في هذه الحالة، في تجاهل التصرف (بمعنى عدم حجية التصرف تجاه الغير). اذن الغش نحو الغير من خلال التصرف القانوني هو النية في الحاق الاذى بالغير بوساطة هذا

---

[1] المصدر السابق، ص١٠٣.

التصرف، وهذا هو خطأ تقصيري يخضع لاحكام المسؤولية التقصيرية. وعليه من العبث البحث عن مفهوم للغش نحو الغير بعيدا عن الخطأ التقصيري[١].

وبسبب غموض الجزاء الذي ترتبه قاعدة الغش يفسد كل شيء، فان القول بأنه طبيعة دعوى عدم الحجية هي دعوى مسؤولية تقصيرية يكون اكثر قبولا. اذ يبقى التصرف نافذا بين اطرافه عديم الاثر بالنسبة للغير. فالتعويض العيني لايقصد به سوى ازالة الضرر، والضرر هنا ليس شرعية التصرف وقيامه بين طرفيه وانما في حجيته بالنسبة للغير وعليه فان تعويض المتضرر يكفي بتقرير عدم نفاذ العقد بالنسبة للمتضرر "الغير" من دون الحاجة الى تقرير بطلان العقد[٢]. وبذلك لانرى لماذا يرفض التعويض العيني في عدم حجية التصرف القانوني بالنسبة للغش. لذلك نعتقد ان عدم الحجية نظام قانوني مستقل. وضمن موضوعنا انها تكون في تناسق كامل مع قواعد التعويض. ويلاحظ انه في حالة التصرف الصحيح فان المتضرر وحده يستطيع المطالبة بعدم الحجية بدلا من التعويض النقدي . كما وان الاخذ بالقول المأثور " الغش يفسد كل شيء" يؤدي بنا الى نتيجتين متضاربتين هما عدم النفاذ او البطلان المطلق.

عليه يلاحظ ان الرأي الاول (القائل بالغش) يستند بالدرجة الاولى على الدعوى البوليصية. وهذه الدعوى ليست دعوى بطلان لان التصرف يبقى نافذا بين طرفيه، كما انها ليست دعوى مسؤولية الا اذا فهمنا المسؤولية من خلال قواعد الكسب من دون سبب: اذ انه لايشترط لاقامة هذه الدعوى غش المتصرف اليه فيما لو كان التصرف

---

[١] Comb: Demogue, OP, cit, n 339.

[٢] قرار محكمة التمييز العراقية المرقم ٦٨٢/ مدنية اولى/ ١٩٨٨ في ١٩٨٨/١١/٥. وكذلك القرار رقم ٣٨٤/ مدنية اولى/ ٩١ في ١٩٩١/١٠/٣١م. منشور في مجموعة الاستاذ ابراهيم المشاهدي، ج٥، مصدر سابق، ص٨ وص١٦.

تبرعا، كما لايمكن تفسير هذه الدعوى بناء على فكرة تحمل التبعة. ويبدو ان الفقه يراها دعوى عدم حجية التصرف[١].

ولكن نحن لانرى سببا لاعتبار عدم الحجية هنا في الدعوى البوليصية نوعا خاص من البطلان، اذ ان الية عدم الحجية تتوافق مع اعتباره نوعا من انواع التعويض، وبخاصة فيما يتعلق بحماية المتصرف اليه حسن النية[٢]. ولذلك قيل ان التعويض هنا تعويض عيني لانقدي: يكون في صورة عدم نفاذ التصرف في مواجهة الدائن، والسماح له بعد ذلك باقتضاء حقه من المال الذي تصرف فيه مدينه[٣].

بيد ان الدعوى البوليصية لها ذاتية خاصة، وهي انها تابعة للغش[٤]، وهي طريقة لحماية حق الدائن العادي من خطر اعسار مدينه عندما يحاول اضعاف ذمته المالية التي تمثل الضمان العام للدائن، وعندما لايوجد غش او عندما لايوجد اعسار فانه لايمكن التعلق الا بالاحكام العامة للمسؤولية[٥]. فان لم يوجد الغش الخاص الذي تتطلبه الدعوى البوليصية، فان الغير يستطيع المطالبة بالتعويض على اساس المسؤولية، هذا من جانب. ومن جانب اخر فان الاصل في الدعوى البوليصية ان يكون الاعسار مخلا بالضمان العام، أي ان يترتب على تصرف المدين زيادة ديونه على حقوقه[٦]. وكذلك ان لم يوجد

---

[١] د. عبد المنعم البدراوي، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، ج٢، في احكام الالتزام، مطبعة المدني، القاهرة، بدون سنة طبع، ص١٣٥ ومابعدها. وانظر كذلك، الاستاذ عبد الباقي البكري، احكام الالتزام، المصدر نفسه، ص٣١٦.

[٢] قارن د. انور سلطان، احكام الالتزام، المصدر نفسه، ف ١٣٢، ص ١٣٨.

[٣] انظر في عرض هذا الرأي د. عبد المنعم البدراوي، مصدر سابق ، ص١٣٦.

[٤] اذ قضت محكمة التمييز ((ان اساس دعوى عدم نفاذ التصرف هو الحيلولة من دون وقوع الغش من المدين يحول من دون استيفاء الدائن حقه من اموال المدين)). القرار المرقم ٣١٩/ موسعة اولى/ ٩٢ في ١٩٩٢/١٢/١٥. منشور مجموعة ابراهيم المشاهدي، ج٥، ص٢٣.

[٥] د. السنهوري، الوسيط، ج٢، ف٢٨١.

[٦] قرار محكمة التمييز المرقم ٦١٧/ مدنية اولى/ ٨٨ في ١٩٨٨/١٠/٥. منشور في مجموعة ابراهيم المشاهدي، ج٥، المصدر السابق، ص٦.

الاعسار الخاص، فلا توجد الدعوى البوليصية. ويمكن ان يتوافر الاعسار الخاص في علاقة المدين بدائن معين بالذات وبشأن عين محددة بالذات: فاذا فرض ان حق الدائن يتركز في عين مملوكة للمدين، ثم باع المدين العين ذاتها لشخص اخر، ففي هذه الحالة يمكن القول ان المدين (وهو البائع) في حالة اعسار خاص في مواجهة الدائن (وهو المشتري الاول)، مادام الدائن لايستطيع الحصول على العين ذاتها وهي التي تركز حقه فيها. وعلى هذا النحو يجوز له الطعن بالدعوى البوليصية حتى ولو كان عند المدين اموال كافية لاداء التعويض، بمعنى لايمكن تغيير هذه الدعوى للحصول على تنفيذ الالتزامات على العموم[١]. لهذا كان من الاصح اعتبار الدعوى البوليصية دعوى خاصة، دعوى الغرض منها عدم نفاذ التصرف لمواجهة الدائن[٢]. فهي لو كانت دعوى تعويض لكان أثرها يقتصر على الدائن رافع الدعوى وحده، اذ لا يحكم بالتعويض الا بموجب طلب من المتضرر. في حين انه متى ما تقرر عدم نفاذ التصرف استفاد من هذا الحكم الدائنون جميعهم الذين كانت حقوقهم سابقة على تاريخ التصرف المطعون فيه حتى وان لم يشاركوا في هذه الدعوى[٣].

من هنا يتجلى التعويض العيني المترتب على الاخلال بالعقد في ان العقد الذي ابرمه الغير مع المدين بالالتزام العقدي، لاينفذ في مواجهة الدائن. فيكون للدائن الحق في اجبار المدين العقدي على تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا، حتى لو كان هذا التنفيذ يؤدي بالمقابل الى اخلال المدين بالعقد الذي ابرمه مع الغير، فالعقد الثاني لاحجية له تجاه الدائن[٤]. ولاجل اثبات هذا الحل كان القضاء الفرنسي يستند في حالة عدم حجية

---

[١] د. شمس الدين الوكيل، مصدر سابق ، ص٧٩.

[٢] د. عبد المنعم البدراوي، مصدر سابق، ص ١٣٦.

[٣] اذ تنص المادة (٢٦٦) من القانون المدني العراقي على انه (متى تقرر عدم نفاذ التصرف استفاد من ذلك جميع الدائنين الذين صدر هذا التصرف اضرار بهم). كما اننا لا نعتبر كل حالات عدم الحجية تعويضاً عينياً لذلك لا نعتبر الدعوى البوليصية تعويضاً عينياً للاسباب الواردة اعلاه مع الانتقادات عليها.

[٤] Aktham El-Kholy, OP, cit, n 216.

التصرف للمواد (١١٦٧ و١٣٨٢) من القانون المدني الفرنسي ، في ان حق المتصرف اليه حسن النية يكون محميا دائما[١]. وقد اتخذت محكمة النقض الفرنسية موقفا صريحا وحاسما في الاصرار على التعويض العيني، وعلى هذا الاساس قررت هذه المحكمة عدم نفاذ العقد الذي ابرم اخلالا بحق ناشيء عن وعد بالبيع او بالتفضيل او أي عقد اخر[٢].

وتابعت محكمة النقض الفرنسية سيرها على هذا الاساس، اذ قضت بنقض حكم رفض اجابة المدعي الى طلب التعويض العيني في قضية تتلخص وقائعها في: ان شخصا وعد اخر ببيع عقار له اذا اعلن الموعود له عن رغبته في الشراء في خلال مدة معينة وقبل ان تنقضي هذه المدة وقبل ان يفصح الموعود له عن رغبته في قبول الوعد او رفضه قام مالك العقار الذي صدر عنه الوعد برهنه لدى مرتهن سيء النية يعلم بصدور هذا الوعد، ثم اعلن الموعود له عن قبول الوعد الذي وجه اليه، وطالب بشطب الرهن فقضت محكمة الموضوع برفض طلبه وقصرت حقه على (تعويض نقدي) من الواعد الذي اخل بوعده وعند عرض الموضوع على محكمة النقض قررت نقض الحكم وشطب الرهن تعويضا عينياً للمتضرر[٣]. وتجاوب جانب كبير من الفقه مع قضاء محكمة النقض الفرنسية في ان اساس عدم حجية التصرف القانوني بالنسبة للغير يستند الى التعويض العيني لخطأ الشخص الاخر الشريك وفقا لاحكام المسؤولية التقصيرية[٤].

---

[١] Ibid, P.227, note 4-8.

[٢] د. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، المصدر نفسه، ص٤٩.

[٣] نقلا عن د. حسن علي الذنون، المبسوط، المصدر نفسه، ف٤٠٢، ص٢٨٠.

[٤] د. حسن علي الذنون، المصدر السابق، ص٢٨٠ و د. محمود جمال الدين زكي، مصدر سابق، ص٤٩.
وانظر في الفقه الفرنسي:- Mazeaud (H et L), T3, OP, cit, n 2303. Demogue, OP, cit, n489.

واذا جاز القول باحتمال ان يكون التعويض عينيا، أي عدم نفاذ التصرف القانوني وتمليك المشتري الاول للمبيع فان الذي لاشك فيه ان الخيار بين التعويض العيني والنقدي، هو مجرد رخصة تترك للقاضي بحرية مطلقة. لذلك حاول البعض، ان يتجنب فكرة التعويض اطلاقا: على اعتبار ان المسألة لاتتعلق بتعويض المشتري الاول، وانما بعدم نفاذ البيع الثاني، لان البائع كان ملزما بعدم التصرف، وخلفه الخاص وهو المشتري الثاني يتلقى عنه هذا الالتزام[1].

وهنا يبدو لنا مرة اخرى، ان مثل هذا التخريج ينقصه مواجهة اصل المشكلة، اذ مازلنا امام تساؤل من دون جواب عن علة عدم نفاذ التصرف. وهكذا تظل المشكلة قائمة لتحديد الوسيلة التي يمكن بها الحكم بعدم نفاذ التصرف القانوني.

ويذهب رأي الى، رد عدم حجية التصرف القانوني في هذه الحالة الى مقتضيات العدالة. فنجد الاستاذ السنهوري يقول: ((ان هذا الحكم تبرره مقتضيات العدالة، فاذا كانت العدالة تقتضي بحماية الخلف الاول لحسن نيته، فان العدالة تقضي حماية الخلف الثاني لحسن نيته ولو كان سلفه سيء النية))[2].

وبدورنا نرجح الرأي الذي استند للتعويض العيني للمسؤولية التقصيرية على انه اساس لعدم حجية التصرف القانوني في مواجهة الغير. وذلك لان هدف فكرة عدم حجية التصرف القانوني هو حماية الغير من اطراف التصرف، اما اخلال الغير بالتصرف القانوني فالهدف منه حماية اطراف التصرف من انتهاك الغير لحرمة حجية التصرف القانوني، هذا من جانب. ومن جانب اخر، فان الجزاء في حالة عدم حجية التصرف بأن يتجاهل الغير لوجود التصرف القانوني وعدم اعترافه بحجيته في مواجهته، اما الجزاء في حالة اخلال الغير بحجية التصرف فهو الزامه بالتعويض للطرف المتضرر.

---

[1] د. جمال زكي، حسن النية في كسب الحقوق في القانون الخاص، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٥٢، ص١٧٤.

[2] د. السنهوري، الوسيط، ج٢، ف٥٣٩.

وتختلف حجية التصرف القانوني تبعاً لما اذا كان القانون قد تطلب اشهار هذا التصرف اولا، وعليه سنتناول هذا الموضوع في فقرتين وعلى الشكل الاتي:-

اولا:- التعويض العيني بصدد حجية التصرفات الخاضعة للتسجيل:-

لكي نفهم التعويض العيني بصدد التسجيل يجب ان نسترشد بالاثر المترتب على التسجيل[١]، والغرض من التسجيل: اذ ان القاعدة في موضوع التسجيل هي ان التفضيل عند تزاحم المشترين يتحدد وفقا للاسبقية في التسجيل، بغض النظر عن الاسبقية في التعاقد. أي ان المشتري اللاحق يفضل على المشتري السابق اذ بادر قبله باجراء التسجيل[٢]. وبعبارة اخرى، ان المتصرف اليه الذي يبادر بالتسجيل لايرتكب خطأ باستفادته من مزية يمنحها القانون، بل لعله جدير بها لانه اكثر حرصا ونشاطا ممن سبقه في التعامل على العقار[٣].

اما الغرض من التسجيل، هو حماية للاغيار ولضمان الثقة في المعاملات العقارية واستقرارها حيث عن طريق هذا النظام يتم اعلان التصرفات التي ترد على العقارات فيتيسر لكل ذي مصلحة العلم بالملكية او بأي حق عيني اخر وبما قد يرد عليها

---

[١] وهو ليس نفس الاثر في القوانين الفرنسي والمصري والعراقي حيث، في القانون الفرنسي ينعقد البيع وتنتقل ملكية العقار فيما بين المتعاقدين ولاينفذ في مواجهة الغير الا بالتسجيل. اما في القانون المصري فان العقد ينعقد ولكن الملكية لاتنتقل الا بالتسجيل سواء فيما بين المتعاقدين او في مواجهة الغير. انظر: د. شمس الدين الوكيل، مصدر سابق، ص٦٣و٦٥. اما في القانون العراقي فان عقد بيع العقار لا ينعقد الا بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري. انظر: د. جعفر الفضلي، مصدر سابق، ص٨٤. ولانروم طرح احكام الاشهار والتسجيل فذلك امر غير منوط بموضوعنا.

[٢] د. شمس الدين الوكيل، مصدر سابق، ص٦٥.

[٣] نقض فرنسي مشار اليه في المصدر السابق، ص٦٨.

وبالاشخاص الذي تثبت لهم[١]. او كما يقول الاستاذ "بارتان" ان التسجيل في علاقته بالتصرف ذاته يعد بمثابة "اشعاع ضوئي لايؤثر على كيان الجسم المضيء"[٢].

وهنا حاول "Boissionade" ، تمثيل الافضلية للاسبق في التسجيل على انه تعويض عيني، ويرى ان المشتري الاول الذي لم يسجل تملكه يرتكب خطأ تقصيري بالسهو عن اعلام الاخرين بانتقال ملكية العقار له وان البائع لم يعد مالكا للعقار، وتنبيههم الى خطورة التعامل مع مثل هذا البائع، وافضل تعويض لهذا الخطأ يكون بحرمانه من حق المطالبة بالعقار وان يفضل عليه المشتري الثاني الذي اسرع الى تسجيل عقده، ولو لم ينص المشرع على التسجيل لكان الحق مع المشتري الاول[٣].

ولاتطبق قاعدة الاسبقية استثناءا، وهذا الاستثناء هو تعويض عيني للمشتري الاول، وذلك في حالتين:-

١- حالة علم المشتري الثاني بالبيع الاول، فأن مجرد العلم يمنع المشتري الثاني من التمسك بأسبقية التسجيل[٤]. وذلك لان التسجيل لايهدف سوى حماية من حسنت نيته. اما سيء النية فهو غير جدير بالحماية، لذلك فان مجرد العلم بسبق التصرف في العقار يكفي لتوافر سيء النية، وبالتالي تجريد التسجيل من اثاره. ويستفيد سيء النية من ان هذا الشخص قد استحث البائع وعاونه على اتيان فعل غير شريف، وهو اعادة التصرف في عقار سبق له ان تصرف فيه[٥].

---

[١] د. جعفر الفضلي، مصدر سابق، ص٨٤.

[٢] انظر د. شمس الدين الوكيل، مصدر سابق، ص٦٥. وقد جاءت فيه هذه العبارة المنقولة عن الاستاذ "بارتان".

[٣] Boissonade (G.): Essai d'une explication nouvelle de la theorie de la transcription, Rev. Prat. de droit francais 1870, P.358, n 24.

[٤] Ibid, P.357, n 23.

[٥] أنظر : " سافاتيه"، اشار اليه د. شمس الدين الوكيل، مصدر سابق، ص٦٨.

خاص بموقع المنشاوي للدراسات والبحوث www.minshawi.com

٢- حالة تواطؤ الغير مع البائع بقصد حرمان المشتري الاول الذي لم يسجل[١]. وهذا التواطؤ وحده هو الغش الذي يفسد التصرف اللاحق، وبالتالي يهدر اثر التسجيل[٢]. وهذا مأأيده قضاء محكمة النقض الفرنسية في ان اهدار اثر التسجيل لايكون الا بالنسبة للبيع الذي تمّ بتواطؤ البائع والمشتري الاخير[٣].

وقد اتخذت محكمة التميز موقفا صريحا وحاسما في الاصرار على انكار اثر التواطؤ. فقضت بعدم نفاذ تصرف المدعى عليه الاول ببيعه للعقار الى المدعى عليه الثاني وذلك لكونه قد باع هذا العقار في اثناء المرافعة التي اقامتها المدعية لتمليكها العقار نفسه لسبق شرائها لهذا العقار منه، على الرغم من وجود اشارة عدم التصرف فيه بدعوى التمليك[٤].

ومما يلاحظ على قرار محكمة التمييز هذا انها استندت في حكمها الى المادة (٢٦٤) من القانون المدني العراقي- الخاصة بدعوى عدم نفاذ التصرف (الدعوى البوليصية). وكان على هذه المحكمة ان تستند الى قواعد التعويض في المسؤولية التقصيرية على اساس مسؤولية الغير عن الاخلال بالعقد ومن ثم تقرر بعدم حجية البيع الثاني، على انه تعويض عيني على هذا الاساس.

يتبين مما تقدم انه لايعتد بسبق التسجيل الا اذا كان المشتري الثاني حسن النية، اما اذا كان سيء النية أي عالما بسبق التصرف في العقار، فانه لايستطيع الاحتجاج

---

[١] محمد عبد سليمان الحراحشة، فكرة عدم سريان التصرف القانوني، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير كلية القانون جامعة بابل، ١٩٩٩م، ص١٠١.

[٢] Jozie Vedale, OP, cit, P.287.

[٣] د. شمس الدين الوكيل، مصدر سابق، ص٦٩.

[٤] القرار رقم ١٦٣٨/١٦٣٩/م١/١٩٩٢ في ١٩٩٣/٣/٣. منشور في الموسوعة العدلية، العدد (٧٧)، السنة (٢٠٠٠)، مكتبة شركة التأمين الوطنية، ص٦.

بالتسجيل حتى ولو لم يكن متواطئاً مع البائع[١]. وخير طريق لاصلاح الضرر الواقع على المشتري الاول هو عدم سريان البيع الثاني في مواجهته. وهذه المسألة فيما يبدو لنا ينبغي ان يترك للقضاء تقديرها على وفق ظروف الواقع وملابساته.

ثانيا:- التعويض العيني بصدد حجية التصرفات غير الخاضعة للتجسيل:-

يبدو لنا الى جانب ماتقدم ان السؤال يُثار ايضا فيما اذا كان المبيع منقولاً وقد تصرف به البائع للمشتري الثاني بعد ان باعه للمشتري الاول. فهل يستطيع المشتري الاول الاحتجاج بعقده تجاه المشتري الثاني ؟ ويتجلى جواب هذا السؤال، في ان من يحوز فعليا يعد هو المالك حتى وان كان عقده لاحقا في التاريخ للعقد، لان ملكية المنقول تنتقل بالتسليم، شريطة ان يكون حائزاً حسن النية. أي لايعلم بالعقد الاول[٢]. ولايملك المشتري الاول سوى مطالبة البائع بالتعويض فقط.

وعلى العكس اذا كان المشتري الثاني سيء النية فيكون مسؤولاً نحو المشتري الاول بتواطئه مع البائع في مخالفة الالتزام لهذا الاخير بالنسبة للمشتري الاول، وله حق شخصي في تتبع البائع الاول والثاني من خلال دعوى الغش والافضل دعوى المسؤولية التقصيرية، وهذا الصدام يوصف بتعويض عيني.

اما لماذا اشترط حسن النية ؟ فالجواب لان العقد حجة عليه مثلما هو حجة على الكافة: بيد ان الحيازة الفعلية هي مصدر اكتساب الملكية وليس عقد البيع. اذ يعد البيع

---

[١] د. شمس الدين الوكيل، مصدر سابق، ص١١٦-١١٨. وانظر: كذلك محمد عبد سليمان الحراحشة، مصدر سابق، ص١٠٠-١٠١.

[٢] د. صبري حمد خاطر، الاحتفاظ بالملكية- دراسة تأصيلية في عقد البيع، بحث منشور في مجلة الحقوق، تصدر عن جامعة صدام، المجلد الرابع، العدد الخامس، السنة/ تموز ٢٠٠٠م، ص٩٨.

دليلاً او سندا للحائز حسن النية، وان للحيازة دور الاعلان الذي يشترط في حجية الحق: وعليه تطبق احكام الحيازة مالم يكن المال ضائعا او مسروقا[١].

والمقصود بحسن النية هنا، ان يجهل الحائز انه يعتدي على حق الغير، أي انه يعتقد بأنه تلقى المنقول من مالك، شريطة الا يكون هذا الجهل ناشئاً عن خطأ جسيم او ان تكون حيازته قائمة على الغصب والاكراه[٢].

وان دعوى المشتري الاول ضد المشتري الثاني تكون اذن دعوى الاسترداد والتي يعاد بها المنقول الى المشتري الاول اذا توافر القصد السيء لدى المشتري الثاني. وعليه فأن تصرف البائع باعادة بيع المنقول مرة ثانية لمشتري ثانٍ، يكون هذا التصرف لاحجية له في مواجهة المشتري الاول. بمعنى عدم سريان البيع الثاني بالنسبة للمشتري الاول. وبذلك يجبر الضرر الذي اصاب المشتري الاول باعادة المبيع الى حيازته. وهذا الاصلاح يوصف بالتعويض العيني.

على ضوء كل ماتقدم نتخذ الان موقفا من المشكلة الاساسية التي نعالجها، اذ تُثار قضية حجية التصرف القانوني في مواجهة الغير. وقد تبين من عرض مسلك الفقه والقضاء ان التعويض العيني يقدم غالبا الحل لهذه المشكلة.

اما فيما يخص الاختيار بين التعويض العيني والنقدي: فنجد ان التعويض العيني يفترض اثبات مسؤولية الغير عن الاخلال بالعقد. واذا لم توجد هذه المسؤولية فان المتضرر يستطيع ملاحقة البائع بالتعويض.

اما فيما يخص التسجيل في العقارات، فنرى انها تتعلق بقواعد المسؤولية التقصيرية والتعويض العيني (وفقا للمادة (٢٠٩/٢ مدني عراقي)). فضلا عن ان المسؤولية تؤكد حماية الغير حسن النية.

---

(١) المصدر السابق والصفحة نفسها.

(٢) محمد طه البشير ود. غني حسون طه، ج١، مصدر سابق، ص٢٥٣.

ولكن هل يكفي التعويض العيني لاصلاح الضرر الذي تعرض له الدائن ؟

الواقع ان الحكم بعدم نفاذ العقد قد لايكفي لاصلاح الضرر الذي يتعرض له الدائن، وذلك لان الضرر- كما يرى البعض- يتحقق حتى لو كان الدائن يستطيع اجبار مدينه على تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا مادام خطأ الغير يحول من دون تنفيذ الالتزام طوعا واختيارا. وذلك على اعتبار ان الدائن لايستفيد من تنفيذ الالتزام جبرا مثلما لو تم تنفيذه طوعاً[١].

ومن جانب اخر، هناك حالات عديدة يتعذر فيها التنفيذ العيني، كما في حالات الاستحالة الطبيعية او القانونية بخطأ المدين. كما لو التزم المدين بانجاز عمل معين في وقت محدد وفات الوقت من دون الوفاء بهذا الالتزام[٢]، او كان محل الالتزام القيام بعمل وكانت شخصية المدين محل اعتبار، فلا يمكن اجباره على القيام بهذا العمل[٣]، او اذا تلقى الغير ملكية الشيء وتصرف به الى شخص حسن النية ومن ثم يتعذر استرداد الشيء[٤]. ففي هذه الحالات ليس امام المتضرر سوى المطالبة بالتعويض النقدي لمعالجة الاخلال بالعقد.

المبحث الثالث

التعويض العيني المعنوي

---

[١] د. صبري حمد خاطر، الغير عن العقد، المصدر نفسه، ص٣١٣.

[٢] د. عبد المجيد الحكيم، احكام الالتزام، المصدر نفسه، ص١٤.

[٣] المصدر السابق، ص١٢ ود. حسن علي الذنون، المبسوط، المصدر نفسه، ف٤٠٦، ص٢٨٢.

[٤] طبقا لقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية. (م ١١٦٣ من القانون المدني العراقي).

أو إصلاح الضرر الأدبي عيناً

يتميز الضرر الأدبي بأنه لا يصيب المتضرر في ذمته المالية، وانما فـي ذمتـه الادبية، فلا يترتب عليه خسارة مالية مباشرة، وانما خـسارة أدبيـة نتيجـة المـساس بمعنوياته المتعددة، والتي بتعددها وتنوعها تتعدد صور الضرر وانواعه[١].

فقد يتحقق الضرر الأدبي استقلالا نتيجة الاعتداء المباشر على معنويـات الافـراد كالقذف والسب والتشهير والاهانة وايذاء السمعة العامة، وكـذلك المـساس بالعاطفـة والشعور لدى الانسان. وهذا النوع من الضرر يمس الجانب الاجتماعي للذمة الادبية[٢].

كما يتحقق الضرر الادبي في الاعتداء على الحقوق الشخصية اللـصيقة بـشخص الانسان، التي تتميز بقيمتها الادبية غير المالية كالضرر الذي يلحق بالآسم او اللقـب او البيئة او الاسم التجاري. فهذه حقوق معترف بها للشخصية القانونية[٣] [٤].

ولان الضرر الادبي يصيب معنويات الانسان وقيمته غير المالية، فيصعب تقـدير التعويض المقابل له، اذ تستعصي نتائجه واثاره على التقدير المالي، ويتعـذر تقييمهـا بالنقود[٥]. الا انه يكون مناقضا للمنطق، ومخالفا للضرورات الاجتماعيـة، ان تعجـز المسؤولية المدنية عن حماية القيم الادبية غير المالية، على الرغم من انها في الغالـب هي الاكثر اهمية، والاكثر حاجة للرعاية والحماية لدى الانسان. هذا بالاضافة الـى ان الفعل الخاطئ، غير المشروع، الذي احدث هذا الـضرر، بالاعتـداء علـى شخـصية

---

[١] د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل، التقدير القضائي للتعويض، المصدر نفسه، ص١٣٩.

[٢] محمد صبري الجندي، في ضمان الضرر المعنوي الناتج عن الفعل الضار، المصدر نفسه، ص٥٦٠.

[٣] المصدر السابق، الصفحة نفسها.

[٤] اما الجروح التي تصيب الجسم والالم الذي ينجم عنها ومايعقب ذلك من التشويه في الجسم او الاعـضاء فانها تؤلف ضررا ماديا وادبيا في الوقت ذاته. وقد سبق الاشارة اليها في كيفية التعويض العيني عـن هـذه الاضرار الجسدية والجمالية. انظر مطلب التعويض العيني والضرر الجسدي،الفصل الثاني من الباب الثـاني ، من هذه الرسالة.

[٥] انظر: "اسمان" اشار اليه د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل، مصدر سابق، ص١٤٠.

الانسان وقيمته الادبية، يمثل ولاشك اعتداءً صارخاً على روح القانون والشعور به لدى المتضرر ولدى الغير[1].

لذلك احتل الضرر الادبي مكانا خاصا في نظرية المسؤولية المدنية، واختلف الفقه في اساس تعويضه بين ترضية المتضرر وفكرة عقوبة او ردع المسؤول. هذا الخلاف يحمل غالبا على الحكم بالتعويض النقدي عن الضرر الادبي، الا اننا نجد هنا صدا للتعويض غير النقدي وخاصة التعويض العيني في هذا المجال.

واثير التساؤل عما اذا كان من قبيل التعويض العيني، القضاء بنشر الحكم او اذاعته على امواج الاثير على نفقات المسؤول، في دعاوى الضرر الذي يمس الجانب الاجتماعي للذمة الادبية وفي دعاوى المنافسة غير المشروعة ؟ وكانت هذه المسألة محل اهتمام الفقه الذي افرز بشأنها اراء مختلفة. وعلى الشكل الاتي:-

ذهب الرأي الاول الى اعداد القضاء بنشر الحكم في هذه الدعاوى على نفقة المدعى عليه، تعويضا غير نقدي عن الضرر الادبي الذي اصاب المدعي. بل يعدّ الحكم بالمصروفات على المدعى عليه تعويضا كافيا عن الضرر الادبي الذي اصاب المدعي وهو تعويض غير نقدي لان الملحوظ فيه هو المعنى الذي يتضمنه[2].

---

[1] د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل، مصدر سابق، ص١٤٢.

[2] تبنى هذا الرأي : مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج٢، ص٣٩٧. الاستاذ السنهوري، الوسيط، ج١، ف٦٤٤. د. جميل الشرقاوي، مصادر الالتزام، المصدر نفسه، ص٥٠٦. د. انور السلطان، الموجز في مصادر الالتزام، الناشر منشأة المعارف بالاسكندرية، ١٩٧٠م، ص٣٨٠. د. حسن علي الذنون، المبسوط، المصدر نفسه، ف٤١٤، ص٢٨٦. الاستاذ عبد الباقي البكري، احكام الالتزام، المصدر نفسه، ص١٣٦. د. سعدون العامري، مصدر سابق، ص١٥٢. حسن عكوش، المسؤولية العقدية والتقصيرية في القانون المدني الجديد، ط٢، دار الفكر الحديث، القاهرة، ١٩٧٠، ص٢٠٥. د. ادوار غالي الدهبي،

ولايرى البعض في اعلان الحكم سوى تعويضا نقديا، وذلك لان الحكم الزم المسؤول بدفع نفقات الاعلان، بمعنى ان الاعلان لايمتلك سوى صفة متممة اذ ان التعويض الحقيقي الذي يتضمنه الحكم هو الحكم المالي بالزام المدعى عليه بالنفقات[١].

واتجه رأي اخر الى اعتبار هذا الامر تعويضا عينيا ناقصا لانه لايتضمن مفهوم التعويض العيني كاملا. اذ لايوجد مايدل على ان الذين سمعوا بواقعة القذف او علموا بالمنافسة غير المشروعة جميعهم، قد علموا بالحكم الذي أُمر بنشره. لذا فانه ليس من شأن هذا النشر او الاعلان ان يمحو الضرر بازالة الكذب الذي نسب الى المتضرر[٢].

في حين ذهب رأي اخر الى اعتبار الامر بنشر الحكم او اذاعته تعويض عيني. يقصد به محو الضرر الذي نجم عن القذف او ايذاء السمعة العامة، باحاطة الناس علما بكذب مانسب الى المتضرر، وازالة الضرر الذي نجم عن الفعل الضار[٣]. وفي هذا

اختصاص القضاء الجنائي بالفصل في الدعوى المدنية، ط١، مطبعة المعرفة، القاهرة، ١٩٦٤م، ص٥٩. محمد احمد عابدين، التعويض بين الضرر المادي والادبي والمورث، المصدر نفسه، ص١٢٦.

[١] وذلك لانكار صفة التعويض العيني على نشر الحكم. انظر في هذا المعنى:-
Lucienne Ripert, these precitee, n 31 et 54.

[٢] تبنى هذا الرأي:- د. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، ج١، المصدر نفسه، ص٥٠ هـ١٥. وكذلك انظر اتجاه القضاء المصري اذ قضى ((باعتبار نشر الحكم في الجرائد بمثابة تعويض عيني لجزء من الضرر الادبي الذي لحق طالب التعويض من اثر وقائع القذف والبلاغ الكاذب)). اشار اليه، د. ادوار غالي الدهبي، مصدر سابق، ص٦٠. وانظر الاتجاه نفسه لمحكمة الاستئناف بمصر والذي اشار اليه، حسن عكوش، مصدر سابق، ص٢٠٥و٢٠٦. وانظر في المعنى نفسه بالفرنسية:-
Aktham El-Kholy, these precitee, n 229.

[٣] د. سليمان مرقس، الوافي، المصدر نفسه، ص٥٢٨. د. عبد المنعم البدراوي، مصدر سابق، ص٦٦. نجيب شقر، المسؤولية، ج١، ط١، مطبعة المعارف بمصر، ١٩٠٤م، ص٥٨٣. د. عاطف النقيب، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي- المصدر نفسه، ص٣٨٥. ابراهيم محمد شريف، مصدر سابق، ص٢٢٨. محمد صبري الجندي، مصدر سابق، ص٥٦٦. وانظر في المعنى نفسه في الفقه الفرنسي:-
Mazeaud (H et L), OP, cit,t3, n2319. Demogue, OP, cit, n490. Planiol et Ripert, OP, cit, t6, n 680. Colin et Capitant, OP, cit, t2, n 332.

السياق قضت محكمة استئناف مصر الاهلية في قرار جاء فيه (...، كما ان نشر الحكم في احدى الجرائد فيه الكفاية لتعويض الضرر الادبي من أي تعويض مالي اخر)[1].

ونرجح بدورنا هذا الرأي وذلك لان، التعويض العيني يكون الافضل فيما يخص الاضرار التي تمس الجانب الاجتماعي وخاصة اذا رافق هذا الحكم الامر بنشر الحكم. ويمكن ان لانعده تعويضا عينيا ناقصا ولاتعويضا غير نقدي، اذا اجزنا بنشر الحكم في الصحيفة نفسها التي اعلنت المقالة القذفية او نشر حكم ادانة واقعة القذف في صحف اقليمية او ذات انتشار اكبر بحسب انتشار الضرر الادبي. ولا نرى فيه تعويضا نقديا، لان المقصود تعويض عيني بفضل تعيين او تخصيص الحكم الذي رد اعتبار المتضرر، كما وان هناك قرارات تكتفي بترخيص النشر او الاعلان او ببساطة حكم ادانة بتعويض رمزي، كما قد يكون التعويض الرمزي اقل من ثمن الاعلان وهذا يعني ان حكم الادانة هو الاساس وليس الاعلان. واخيرا، يعدّ نشر الحكم او الاعلان عنه بمثابة طريقة لانذار وتخويف الاخرين بهدف تحويلهم عن ارتكاب فعل مشابه، كما وان الاعلان سيسعى الى ايصال الحكم الى علم الاشخاص الذين لايعلمون بالخطأ وعندئذٍ يجد المسؤول نفسه موضع لوم من خلال اذاعة الفعل.

اما نشر الحكم في الصحف في حالة الاعتداء على الحقوق الشخصية اللصيقة بشخص الانسان، مثل: انتحال لقب شخص او علامته التجارية. فان هذا الحكم يُعد تعويضا عينيا. فمن شأن هذا الحكم ان يمحو الضرر وذلك بازالة ماعلق بأذهان الناس من التباس[2].

---

[1] رقم القرار (٦٢) محكمة استئناف مصر الاهلية في ١٩٣١/١١/٢٦. اشار اليه : عبد المعين لطفي جمعة، موسوعة القضاء في المسؤولية المدنية، المصدر نفسه، ص ٢٢٣.

[2] د. سعدون العامري، مصدر سابق، ص١٥٢.

ويلاحظ ان الحكم بالمسؤولية عن الفعل الخاطئ في القرار وبخاصة اذا كان مصحوبا بالاعلان يزود المتضرر بترضية ادبية لمجرد احساسه بأنه أنصف[١]. كما وانه في بعض القضايا، يكتفي في التعويض الادبي لمجرد صدور الحكم في صالح المتضرر يرد اليه احيانا اعتباره، ويكتفي القضاء بهذا الحكم في حالة قلة جسامة الخطأ، وهذا مايميزه الميزة الطفيفة للضرر. مثال ذلك: في حالة تنحي موظف ما عن وظيفته وحرمانه من ترقيات كانت محتملة مدة الفصل. ولانرى تعويضا في هذه الحالة وانما مبادرة شخصية من القاضي لتوبيخ الفعل (حيث الضرر قليل). وهذا مانجده في حيثيات الحكم خصوصا اذا لم يكن الضرر ماس بشخصية المتضرر او بالمسعة التجارية او الثقة المالية التي كان يحرص عليها[٢].

اما عن الحكم بتعويض رمزي فهو حكم المسؤولية الوحيد بالنفقات[٣]، وذلك عندما يكون جزاء القذف الذي اضرّ بالحق من دون ان يسبب ضررا ماديا – مثال ذلك: النقد الموجه للنقابة، والاضرار بالحرية الانتخابية من خلال تمزيق اوراق الناخبين، وملاحقة النقابة للمدير الذي خالف القوانين التي تنظم استمرارية العمل، وكذلك الاضرار بالاسم التجاري من دون ان يسبب ضرر مادي[٤].

ويرفض البعض فكرة التعويض الرمزي، على اعتبار ان الحكم بمثل هذا التعويض يعني الرفض الكامل للحكم بالتعويض عن الضرر الادبي، وبعبارة اخرى يعني ان الضرر الذي تحمله المتضرر يكون غير معوض عنه، ومن جهة المحكمة امتناع القاضي عن الحكم به[٥].

---

[١] د. سعاد الشرقاوي، قضاء الالغاء وقضاء التعويض، المصدر نفسه، ص٣٠٧.

[٢] المصدر السابق، ص٣٠٧. وانظر كذلك د. سليمان محمد الطماوي، القانون الاداري، المصدر نفسه، ص٤٩٥.

[٣] د. سعاد الشرقاوي، مصدر سابق، ص٣٠٧.

[٤] Demogue, OP, cit, n 146.

[٥] Lucienne Ripert, these precitee, n 30 et 154.

ونعتقد، ان الحكم بالتعويض الرمزي، يعدّ تعويضا شرط ان يكون رمزيا فعلا وذلك عندما يفسر الاعتراف بالحق المنتهك من العدالة، هذا من جانب. ومن جانب اخر، ان الحكم بالتعويض الرمزي كونها عقوبة للقذف او النقد السيء يدل على رفض القضاء لفعل المسؤول. وكذلك الحال بالنسبة لملاحقة المدير من النقابة لانتهاكه قوانين ممارسة المهنة اذ انها تؤكد المصلحة الاخلاقية للنقابة في ملاحقة المخالفة. وعليه فأنه في هذا المجال عند الحكم بالتعويض الرمزي فأنه لايعني امتناع القاضي عن الحكم او انه لايوجد تعويض عن الضرر الادبي[1]. كما ان طلب المتضرر للحكم بالتعويض الرمزي يكون محتملا لان المتضرر يرى فيه الترضية الكاملة واثباته لعدم مبالاته بالضرر، هذا من جهة. ومن جهة اخرى، اذا سمحنا بالتعويض الرمزي فأن ذلك يعني منح القاضي السلطة للحكم به عندما يطلب المتضرر تعويضا كبيرا. وعليه نرى ان التعويض الرمزي الذي رد الاعتبار للمتضرر او ازال الضرر الادبي غير الجسيم تعويض ادبي عيني. على الرغم من انه حكم بمجرد مبدأ التعويض الا ان ذلك يقصد به اساسا اثبات حق المتضرر في مواجهة المسؤول وتأكيد صفة الاعتداء على ماوقع من افعال.

بيد ان الضرر الادبي يكون نتيجة لضرر سابق، ضرر مادي او ضرر جسدي. بمعنى ان الضرر الادبي يكون ممزوجا بالضرر المادي. وعندما لايمس القاضي حق المتضرر هنا، يلجأ الى الترضية الادبية بتعويض نقدي أي يبدل طريقة التعويض عن طريق نشر الحكم بأخرى. كما ان قرار الحكم بالمسؤولية عن الفعل يتوجه الى رأي الجمهور في سمعة المتضرر فقط ولكنه عاجز عن تعويض المعاناة الداخلية للمتضرر. لذلك ذهب رأي الى انه، يتعذر التعويض العيني عن الضرر الادبي والتعويض النقدي

---

[1] قارن، د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل، مصدر سابق، ص١٤٣.

فقط يستطيع ان يلعب دور الترضية نسبة الى الحزن الشخصي للمتضرر[١]. بعبارة اخرى ان طبيعة الضرر الادبي تستعصي على التعويض العيني الذي يؤدي الى اعادة الحال الى ماكانت عليه او ازالة الضرر[٢].

وقد تعرضت الطريقة السابقة لتعويض الضرر الادبي بالنقود، للانتقاد وذلك للاسباب الاتية:-

١- ان فكرة الترضية المالية، التي يقوم عليها تعويض الضرر الادبي، تبعد كلية عن فكرة التعويض، ولاتهتم بمساعدة المتضرر على التغلب على حزنه، ولذلك فهي بقدر ماتبتعد عن فكرة التعويض، تقترب من فكرة العقوبة، اذ لاتهدف الى جبر الضرر، وانما الى كظم الغيظ ولهب المصاب، وتخليصه من شعوره بالحقد والكراهية، والحاجة الى الانتقام، بصفة خاصة عندما ينسب الى المسؤول خطأ جسيم، او عندما تكون عواقب الحادث على قدر كبير من الاهمية[٣].

تماشيا مع النقد السابق فقد رأى البعض ان تعويض الضرر الادبي ليس في حقيقته سوى عقوبة خاصة تجازي الاخلال بواجب ادبي، لذلك فلا تكون له صفة تعويضية، وانما صفة ردعية او زجرية[٤].

٢- ان الضرر الادبي ليس من طبيعة مالية، وطلب تعويضه ماليا يبدو مجافيا للمنطق، اذ ان دور التعويض الاساس هو جبر الضرر وازالته، والحصول على مال

---

[١] د. حسن الخطيب، تعويض الاضرار المحدثة، المصدر نفسه، ص٣٨. همزة خسرو عثمان، مصدر سابق، ص٧٥.

[٢] د. عزيز كاظم جبر، الضرر المرتد وتعويضه في المسؤولية التقصيرية ، المصدر نفسه، ص١٥٦. وانظر، زهدي يكن، شرح قانون الموجبات والعقود، ج٣، ط٢، دار الثقافة، بيروت، من دون سنة طبع، ص١٩.

[٣] راجع في عرض هذا النقد. روجيه بيرو، دراسة في فكرة التعويض، اشار اليه، د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل، مصدر سابق، ص١٤٢.

[٤] Ripert (G): Laregle morale, OP, cit, n 181.

ليس من شأنه ازالة الضرر الادبي ولا جبره، فهو من طبيعة مختلفة عنه. فطلب احلال المال محل الالم مثلا هو مبادلة في غير محلها لتباين العناصر الداخلة فيها واختلاف قيمتها، والاصل ان التعويض يكون اعدل مايكون عندما يكون من جنس ماحدث من ضرر[١].

٣- ان طلب مبادلة الضرر الادبي بالنقود، امر لايخلو من اسفاف، فطالب التعويض بالنقود من جراء الالم، هو شخص يتاجر بدموعه- كما يقال[٢].

٤- كيف يمكن للقاضي ان يقدر الضرر الادبي، وان يحاول تحقيق العدالة في التقدير ؟ اذ هو ان اجزل التقدير يشجع المتاجرة بألم النفس، ويثقل على مرتكب الفعل الضار ويزيد في قيمة التعويض، وهو ان خفف التعويض يستخف بمشاعر الناس وعواطفهم ويبخسها حقها[٣].

٥- يلاحظ، اختلاف المال عن ألم النفس من حيث طبيعة كل منهما، فان الحصول على المال يبدو اثراء من دون سبب[٤].

هذه الاعتراضات الجادة كانت السبب في تردد الفقه في قبول التعويض عن الضرر الادبي. بيد ان هذا النقد لايغير من حقيقة ثابتة، وهي ان النقود يمكن ان تسدي العون للمتضرر في ازالة ما المّ به من حزن والم وحسرة وغير ذلك من ضروب الضرر الادبي، وذلك عن طريق تقديم نوع من الترفيه بإعفائه من بعض حاجياته المادية، وتوفير الامكانيات المتعددة لتخلصه من التفكير الكئيب الذي يتملكه[٥]. واخيراً، المال

---

[١] Mazeaud (H et L) et Tunc, Traite theorique et pratique de la responsabilite civil, T1, 6 ed, Paris, 1965, n 310,P .404.

[٢] د. عبد المنعم فرج الصده، نظرية الالتزام، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٧٨، ف٤٦٩ ص٥٩٠.

[٣] Viney, OP, cit, P.327.

[٤] د. محمد وحيد الدين سوار، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ج٢، ط٢، المطبعة الجديدة، دمشق، ١٩٨٩، ف٦٣٥ ص٣١.

[٥] د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل، مصدر سابق ، ص١٤١و١٤٢.

وحده هو الذي يرضي المتضرر، وهذا لايعني اننا اعطينا للمتضرر ثمن شرفه او سمعته وانما اعطيناه المال لمواساته بدلا من ان يتحمل وحده اثار الضرر جميعه[١].

وفي محاولة للرجوع عن امكان التعويض النقدي، ذهب رأي اخر الى ان التعويض الممكن الوحيد عن الضرر الادبي هو التعويض العيني[٢]. بودورنا نرجح هذا الرأي وذلك للاسباب الاتية:-

١- ان المتضرر من ضرر يمس الجانب الاجتماعي، لايبحث عن صك النقود للاصابة التي تكبدها. واذا تعلق الامر بحماية سمعة المتضرر فانه سوف يرضى بصدور حكم يثبت خطأ المسؤول[٣].

٢- هذا التمييز بين الالم عن المعاناة الداخلية لتعويضها بمبلغ من النقود والضرر الاجتماعي القابل للتعويض بالترضية الادبية يكون مصطنعا. وذلك لانه في كثير من الاحيان لايعاني المتضرر في الداخل لا لأنه يرى نفسه قليل الاعتبار في عيون الاخرين. بل لانه يعاني من تشويه سمعته ظلماً امام المجتمع، وان ردّ اعتباره من خلال تعويض معنوي (ترضية ادبية) يمحو الرأي السيء للمجتمع ويذهب حزنه الداخلي. كما ويعوض المتضرر عن الفعل الذي يبقيه معرضا او محلا للشك من الاخرين، بوساطة قرار القاضي الصريح الذي اعلنه في الصحف[٤].

---

(١) Lucienne Ripert, these precitee, n 27 et 28.

(٢) انظر رأي روجيه دي بوييه، اشار اليه، Viney, OP, cit, P.311 et 312.

(٣) وفي ذلك يقول الاستاذ عبد المجيد الحكيم، (قد يكتفي من تعرض لضرر بسمعته او مركزه الاجتماعي من جراء مقال لصحفي افتراءً، بنشر الحكم الذي يدين الصحفي في الصحف، على انه تعويض ادبي. ولايطلب مبلغا من المال تعويضا عن الضرر الذي اصابه نتيجة نشر المقال). مصادر الالتزام، ط٢، ١٩٦٣، ف٨٥٩، ص٤٧٨. وكذلك بالمعنى نفسه وللاستاذ نفسه، مصادر الالتزام، ط٣، ١٩٦٩م، ف٩٠٤، ص٥٥٧.

(٤) اذ قضت محكمة الاستئناف المصرية (اذا تبين ان نشر الحكم في احدى الجرائد فيه تعويض كاف للضرر الادبي نظرا لعدم سهولة تقويمه ولانه لايصح ان يكون اساسا للاتجار بالمال فلا محل للحكم بتعويض مالي اخر). اشار اليه:- حسن عكوش، مصدر سابق ، ص٢٠٦.

٣- واذا سمح لنا بالقول بأنه لايمكن التصرف بالنسبة للضرر الادبي الا بترضية المتضرر، فاننا نعتقد ان الترضية الادبية (المعنوية) التي تؤكد التعويض العيني تكون اولى كثيرا من الحكم بالتعويض النقدي على انها نوع من التسلية للمتضرر. اذ ان تسلية المتضرر ذات اهمية قليلة للمجتمع من رد الاعتبار لاعضائه ممن تتأثر سمعتهم بالضرر. وبهذا الصدد يقول ايكوني "Huguency" على سبيل التهكم: (ان التسلية قد تعني اعطاء الى ملياردير مقذوف في حقه ثمن رحلة حول العالم، على انها تعويض لتسلية الالم الذي اصابه من واقعة القذف. ومن جهة اخرى الحكم لرجل مسكين ثمن قدح من الشراب ليقضي به على حزنه عن واقعة القذف نفسها)[١]. اذ ان قيمة الشرف تكون بالنسبة لكل الاشخاص الشرفاء نفسها، هذا من جانب، ومن جانب اخر ان التعويض العيني لايهمل الجانب النفسي للعقوبة. بمعنى ان الترضية الادبية، هي التي يتطلع لها كل شخص اذ تكون روحه محررة وللرغبة في تقدير حزنه ونيل ثأره من الشخص المسؤول.

كما وان التعويض العيني – وبخاصة اذا كان الامر بنشر الحكم- لايتضمن اية زيادة للتعويض المفروض على المسؤول ولايمثل اثراء للمتضرر.

ومما تجدر الاشارة اليه، انه اذا لم يكن من شأن نشر الحكم في الصحف ان يعوض الضرر بحال من الاحوال كما في حالة الالام الجسمية او حالة موت المريض الناشئ عن خطأ الطبيب في التشخيص او في اجراء العملية الجراحية، فلابد عندئذ من التعويض النقدي[٢].

ومن امثلة التعويض العيني الادبي لنشر الحكم:-

---

[١] Hugueney L.: L'idee de peine privee en droit contemporain, these, Dijon, 1904, P.722.

[٢] د. سعدون العامري، مصدر سابق ، ص١٥٢. د. ادوار غالي الدهبي، مصدر سابق ، ص٦٠. كما وقضت محكمة الاسكندرية بأنه لايجوز نشر الحكم في حالة وفاة احد المرضى بسبب خطأ الطبيب في تشخيص المرض. اشار اليه، د. ادوار غالي الدهبي، مصدر سابق، ص٦٠.

قضى في فرنسا على متهم سافر في قطار السكة الحديد من دون تذكرة، بأن ينشر الحكم في بعض المحطات[1]، وقضت محكمة النقض الفرنسية بأن المتهم الذي رفعت عليه الدعوى الجنائية بطريق الادعاء المباشر يجوز له طلب نشر الحكم الصادر ببراءته عن التهمة المنسوبة اليه، وذلك على انها تعويض له عن رفع الدعوى عليه[2]. وقضت محكمة الاسكندرية في مصر بنشر الحكم الصادر في دعوى التعويض عن بلاغ كاذب او قذف بالتصريح لمن اصابه الضرر، على نفقة المحكوم عليه باعتبار ان هذا النشر بمثابة تعويض عيني لجزء من الضرر الادبي الذي لحق طالب التعويض من اثر اذاعة وقائع القذف والبلاغ الكاذب[3]. وكذلك الحكم بنشر الحكم في صحيفة واحدة او اكثر او الصاقه على الجدران بشأن الجرائم التي ترتكب بوساطة الصحف[4].

وعليه اننا ندعو القاضي للحكم بتعويض عيني في كل مرة يكفي فيها هذا التعويض لاعادة اصلاح الضرر الادبي. وذلك كي تقضي المحاكم على روح الكسب المالي تحت لون الترضية المزعومة. وبخاصة اذا كان الضرر غير جسيم فانه يفضل الاكتفاء فقط بمبدأ الحكم باثبات حق المتضرر. وعلى الرغم من ان هذا الاخير لايلائم رغبة المتضرر، ولكنه يكون اكثر ملاءمة لطبيعة الضرر من المكافأة بمبلغ من النقود. بعبارة اخرى ان المتضرر يرى في الحكم الذي رتب على خصمه المسؤولية الوسيلة المناسبة للتعويض عليه معنويا. ومن امثلة التعويض العيني الادبي الذي من شأنه ان يزيل

---

[1] ولايجوز الحكم بنشر الا بناء على طلب المتضرر، مع ملاحظة ان هذا الطلب يخضع لتقدير المحكمة. القرار مشار اليه:- د. ادور غالي الدهبي، مصدر سابق ،ص٥٩.

[2] ولاتمتلك المحكمة تحديد الجرائد التي ينشر فيها الحكم،وانما تترك ذلك لاختيار المجني عليه. القرار مشار اليه في المصدر السابق، الصفحة نفسها.

[3] قرار محكمة الاسكندرية في ١٩٣٠/١/١٤، مشار اليه في المصدر السابق، ص٦٠.

[4] المصدر السابق، ص٦٠.

الضرر الادبي:- الحكم بتمزيق اعلان يحتوي على معلومات كاذبة او مزيفة تتعلق بسمعة شخص[١].

وعموما اذا كان المشرع العراقي في المادة (٢٠٥) من القانون المدني العراقي قد نص بالتعويض عن الضرر الادبي من دون ان يحدد طريقة التعويض. فان ذلك يعني بامكاننا الاستدلال بالمادة (٢/٢٠٩) للحكم بالتعويض العيني ترضية للمتضرر عن الضرر الادبي اذ نصت المادة الاخيرة على ان (...يجوز للمحكمة تبعا للظروف وبناءً على طلب المتضرر ان تأمر باعادة الحال الى ماكانت عليه...) ولما كان النص المذكور جاء بشكل مطلق ولم يقيد المشرع بنوع الضرر، فان الضرر الادبي فضلاً عن الاضرار الاخرى يكون مشمولا به، انطلاقا من القاعدة العامة، المطلق يجري على اطلاقه ما لم يحدده نص.

وتبرز عادة صورة التعويض العيني المعنوي عند التعسف باستعمال الحق او لدى الاخلال بواجب عدم الاضرار بالغير، كما في حالة الحكم باتلاف العلامة التجارية المزيفة[٢]. وايضا لدى صدور قرار قضائي بازالة التشويه من المصنف او بنشر المصنف مرة ثانية بعد حذف التشويه عنه او إعادة ما اقتطع منه، فاذا قام شخص بتأليف قصة وارسلها الى احدى المجلات، وقامت هذه بنشرها بصورة مشوهة جاز للمحكمة ان تأمر صاحب المجلة او الجريدة بنشرها في صورتها الاصلية قبل التشويه[٣]. واذا كان المصنف مسجلاً على اشرطة تسجيل تحقق التعويض العيني عن طريق محو ماورد فيه واعادة تسجيله بصورة مطابقة للاصل. وكذلك الحكم باعادة

---

[١] د. مقدم السعيد، مصدر سابق، ص٢٨٨.

[٢] د. عبد المنعم فرج الصده، مصادر الالتزام، المصدر نفسه، ص٦٢٥.

[٣] د. سهيل حسين الفتلاوي، حقوق المؤلف المعنوية في القانون العراقي، المصدر نفسه، ص٣١٣.

تداول المصنف بين الجماهير بعد ان قام شخص بسحبه من التداول من دون موافقة المؤلف[١].

ويلاحظ انه لاشك ان افضل الوسائل بالنسبة لحماية حق المؤلف هو قيام المدعى عليه بالتعويض العيني، من اجل اصلاح الضرر. وفي هذا السياق نشير ايضا:- الى انه اذا قام الناشر بحذف فقرات معينة من المصنف او نشره من دون الاشارة الى اسم المؤلف، او غير الموعد المتفق عليه، فيمكن للمحكمة في هذه الحالة، ان تلزمه بوضع الفقرات المحذوفة حتى يعود المصنف الى حالته الاصلية، وان يضع اسم المؤلف على مصنفه، كونه دليلا على أبوته له، ويمكن للمحكمة في الحالة الاخيرة، ان تحكم على الناشر بسحب المصنف من التداول حتى الموعد المحدد للنشر. او الزامه بنشر المصنف في الحال اذا كان قد تلكأ في اظهاره، بهدف تفويت فرصة عرضه في اللحظة المناسبة التي اختارها المؤلف[٢].

واذا كان الاعتداء على حق المؤلف قد اساء الى سمعته بين المواطنين، فان التعويض العيني يكون عن طريق نشر قرار الحكم في جريدة او مجلة او اكثر على نفقة المسؤول[٣]. وقد نصت على ذلك المادة (٤٧) من قانون حماية المؤلف[٤] بقولها على انه ((يجوز للمحكمة في كل الحالات بناء على طلب الطرف الاخر الذي لحق به الضرر ان تأمر بنشر الحكم بأسبابه او بدونها في جريدة او مجلة او اكثر على نفقة المسؤول)).

ولكن قد يكون اصلاح الخطأ مستحيلاً، وذلك في حالة قيام المدعى عليه باعتداء خطير، جعل من الصعب على المحكمة ان تعيد المصنف الى حالته الاولى، وهنا يمكن

---

(١) المصدر السابق والصفحة نفسها.

(٢) د. عبد الرشيد مامون شديد، الحق الادبي للمؤلف، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٨، ص٤٦٥.

(٣) د. سهيل حسين الفتلاوي، مصدر سابق، ص٣١٣.

(٤) قانون حماية حق المؤلف رقم ٣ لسنة ١٩٧١ المعدل.

للقضاء الحكم بتدمير المصنف المعيب حتى يتخلص من ارتباط اسمه بمصنف مشوه، لايعبر عن افكاره في شيء[١].

وقد طبقت محكمة باريس مبدأ التعويض العيني، حينما رفضت طلب الرسام بارجاع الثلاجة التي رسم على الواحها صورا ولوحات زيتية، عندما قام المالك بتعسف في استعمال حق الملكية، بفصل هذه اللوحات كي يبيعها منفردة. ولكن المحكمة الزمت المالك بوضع المصنف في حالة متكاملة اذا اراد بيعه، بحيث تعرض الثلاجة بكاملها وعليها اللوحات جميعا[٢].

كما والزمت محكمة باريس المدعى عليه باحترام أبوة المؤلف، عندما قام بنشر صورة فوتوغرافية لعمارة من دون الاشارة الى اسم المهندس المعماري الذي صممها، ورفضت المحكمة ما ادعاه الدفاع من ان هذا العمل يمثل امرا عاديا[٣].

وقد ذهبت احدى المحاكم اللبنانية في قضية حكم فيها على المدعى عليه بالتعويض العيني في صورة ازالة التشويه وباعادة نشر القصة كما وردت في الاصل مع غرامة تهديدية قدرها عشرون ليرة لبنانية عن كل يوم تاخير منذ انذارها بذلك[٤].

كما وللمحكمة ان تأمر باتلاف النسخ او الصور التي نشرت بوجه غير مشروع والمواد التي استعملت في النشر، بشرط الا تكون صالحة لعمل اخر، والمحكمة بذلك تقوم بتعويض عيني من اجل تعويض المؤلف المتضرر. ويجوز للمحكمة ان تأمر بتغيير معالم الصور او النسخ او المواد، وجعلها غير صالحة للعمل، وما تأمر به المحكمة جميعه يكون على نفقة المسؤول. وذلك وفقا للمادة (٤٧) من قانون حماية حق المؤلف.

---

[١] د. عبد الرشيد مأمون شديد، مصدر سابق، ص٤٦٦.

[٢] انظر المصدر السابق، ص٤٦٧.

[٣] المصدر السابق، ص٤٦٧.

[٤] د. سهيل حسين الفتلاوي، مصدر سابق، ص٢١٢.

كما وحدد المشرع العراقي في المادة (٤٧) من قانون حماية حق المؤلف، الحالات التي يمكن فيها الحكم بالتعويض النقدي بدلا من التعويض العيني، وهما حالتان، راعى فيها المشرع العراقي ضرورة التوفيق بين اعتبارات المصلحة العامة ومصلحة المؤلف. لذلك كان لابد في بعض الحالات من الاحتفاظ بالمصنف مع الاكتفاء بدفع مبلغ من النقود تعويضا للمؤلف، عما اصابه من اضرار: فقد يكون المصنف محل الاعتداء رسوم لمهندس معماري، أقيم على اساسها مبنى ضخم كلف مبالغ باهضة. او قد تكون المدة الباقية لانقضاء حق المؤلف تقل عن سنتين، فلا يوجد أي مبرر على الاطلاق للحكم بتدمير المصنف[1]. واذا كان الاعتداء على حق المؤلف قد اساء الى سمعته بين المواطنين، فان التعويض العيني يكون عن طريق نشر قرار الحكم في جريدة او مجلة او اكثر على نفقة الطرف المسؤول (م٤٧) من قانون حماية حق المؤلف.

كما ان المشرع العراقي عالج في المادة (٤٦) من قانون براءة الاختراع والنماذج الصناعية[2]. مسألة حماية حقوق المخترعين والمؤلفين فقد نصت هذه المادة:- ((للمحكمة ان تقرر في اية دعوى مدنية او جنائية مصادرة الاشياء المحجوزة او التي تحجز فيما بعد لاستنزال ثمنها من الغرامات او التعويضات او للتصرف فيها باية طريقة اخرى تراها المحكمة مناسبة كما لها ان تأمر باتلافها عند الاقتضاء ولها ان تأمر باتخاذ الاجراءات المناسبة وللمحكمة نشر الحكم في نشرة اخبارية وفي صحيفة واحدة او اكثر على نفقة المحكوم عليه)).

وخلاصة القول: ان الضرر المعنوي ينتج من حفظ لحالة مادية معينة للاشياء عند الاعتداء على حق المؤلف. لذلك فان التعويض العيني يكون بالحكم بتغيير او الغاء هذه الحالة، لاصلاح الضرر.

---

(1) قارن د. عبد الرشيد مأمون شديد، مصدر سابق، ص٤٧٣.

2 قانون براءة الاختراع والنماذج الصناعية رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٠ المعدل.

وانه يشمل الضرر الماضي اذا كان هذا الحكم مرافقا للامر بنشره واعلانه. وكما هو الحال في الضرر المادي، فان اصلاح الضرر يمكن ان يكون كليا او جزئيا وذلك بحسب حالة مصدر الضرر. مثال ذلك قد يرفض الحكم بحجز والغاء الرواية القذفية اذا كان بالامكان تنظيم التغيير على ان الاشخاص المشار اليهم لايكونوا معروفين بسهولة.

كما وانه ليس هناك مايمنع قانونا من جمع طريقين للتعويض، فالكاتب الذي شوهت قصته في اثناء نشرها في مجلة ما، له الحق بالتعويض العيني عن طريق الحكم بنشرها مجددا من دون تشويه او تحريف، فضلا عن التعويض النقدي عن المدة بين حدوث الضرر وبين اعادة النشر مجددا بالصورة الصحيحة[١].

الخاتمة

لا نروم في نهاية المطاف العودة الى تكرار النتائج والمقترحات جميعها التي انطوت عليها تفاصيل هذه الرسالة ، وإنما الغاية هي أن نركز في هذه الخاتمة ابرز ما توصلنا إليه وما نراه من مقترحات ، وذلك على النحو الاتي :-

اولاً : النتائج :-

١- تبين ان التعويض العيني هو التعويض غير النقدي الذي يحكم به لمهاجمة مصدر الضرر او مادته مباشرةً، بمعنى ازالة مصدر الضرر وذلك بأزالة المخالفة عيناً او منع استمرار الضرر في المستقبل. ويكون اكثر تكاملاً – او الملائم – لطبيعة الضرر من التعويض النقدي.

---

[١] اما التعويض النقدي فلا يجوز للمتضرر ان يحصل عليه مرتين عن الفعل الضار نفسه. وفي هذا السياق حكمت محكمة التمييز في قرار لها برقم ١٨٠/س/١٩٦٩ في ١٩٧٠/٣/٧ وجاء في المبدأ القانوني مايلي:- (لايجوز تعدد التعويض عن الواقعة نفسها..) اشار اليه الاستاذ ابراهيم المشاهدي، المبادىء القانونية في قضاء محكمة التمييز، بغداد، ١٩٨٨، ص٢٦٢.

٢- لا يزيل التعويض العيني ما حدث خلال المدة الواقعة من حدوث الضرر واعادة الحالة الى ماكانت عليه، ففي هذه المدة لابد من ضرر، فهناك مدة تفصل بين حدوث الضرر وبين الأعادة، ولذلك ينبغي ان يعوض المتضرر عن المدة التي حرم في خلالها من الاستفادة من الشيء المضرور او من الشيء المفقود.

٣- تكون نظرية التعويض العيني سهلة البناء ، اذا تم تجنب الخلط بين التعويض و التنفيذ. إذ ان كل تردد بين التنفيذ والتعويض يؤدي الى غموض مسألة التمييز.

٤- إن تمييز التعويض العيني من بقية الانظمة القانونية المشابهة ، يوجد في قاعدة كل حكم قضائي خاص بأثار الألتزام. واذا اجزنا ان التعويض العيني هو اعادة الاشياء الى الحالة السابقة قبل وقوع الضرر ، فإن هذا التمييز يفرض نفسه اذا حرصنا على فهم الحكم القضائي.

٥- أن نظرية التعويض العيني عامة ، اذ لا يوجد أي نص يمنع الحكم بالتعويض العيني في نطاق المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية. اذ ان المدين في المسؤولية العقدية ليس افضل معاملة من المدعى عليه في المسؤولية التقصيرية. ويقرر القاضي في نوعي المسؤولية المدنية، انشاء التزام جديد في ذمة المدين بتعويض الدائن. ويستطيع ان يخصص له طريقة اخرى غير التعويض النقدي من اجل الوصول الى تعويض اكثر اكتمالاً لطبيعة الضرر.

٦- يستطيع التعويض العيني، رفع الغبن الذي يتعرض له الدائن نتيجة الحكم له بتعويض نقدي لا يمكن قانوناً ان يزيد على السعر الرسمي، اذ كان محل الالتزام بالرد اشياءً تخضع للتسعيرة الجبرية.

٧- تخضع حرية الاطراف في إختيار التعويض العيني لسلطة القاضي التقديرية إزاء الموضوع.

٨- يقارن القاضي الضرر او الارهاق الذي يسببه التعويض العيني للمسؤول ، بالذي ينتجه التعويض النقدي للمتضرر. إذ يرفض طلب المتضرر بالتعويض العيني اذا انتج نفقات زائدة في التفاوت مع الضرر القابل للاصلاح. وبعبارة أخرى فأن نظرية الاثراء من دون سبب تحول من دون الحكم بالتعويض العيني.

٩- وفي اختيار طريقة التعويض ، يستلهم القاضي المصلحة العامة لأجل تحقيق التوازن بين مصالح الاطراف. بعبارة أخرى يتحدد اختيار القاضي بالمنفعة الاجتماعية . كما نجد أن القضاء الذي امتنع عن أن يصبح عبارة عن (آلة لعد الاضرار) ينفر ايضاً من آلية العقوبة العينية ويلجأ غالباً للتعويض النقدي.

ثانياً : المقترحات :

١- نقترح تبني موقفاً تشريعياً يتسم بالوضوح والشمول لطرق التعويض وشروطه وتقديره كافة ، وذلك بفصل خاص مع مراعاة احكام المسؤوليتين العقدية والتقصيرية.

٢- فيما يخص الفقرة الثانية من المادة (٢٠٩) من القانون المدني العراقي، نقترح بتعديل هذه الفقرة على النحو الاتي:- (عند القضاء بتعويض الضرر تلزم المحكمة المسؤول عن الضرر ، تبعاً لظروف القضية، بتعويض المتضرر عيناً ، وذلك بأصلاح الشيء الذي اصابه التلف او إزالة الاضرار المتسببة بالكامل. أو أن تحكم بأداء امر معين، او برد المثل في المثليات. واذا لم يكن ذلك ممكناً او لم يكن كافياً لتغطية الضرر فيكون التعويض عندئذ بالنقد).

٣- وفيما يتعلق بالمادة (٢٥٢) من القانون المدني العراقي، نقترح بتعديل هذه المادة على النحو الاتي:- (اذا التزام المدين بالامتناع عن عمل وأخل بهذا الالتزام ؛ جاز للدائن أن يطلب من المحكمة ترخيصاً في ان يقوم بهذه الازالة على نفقة المدين مع التعويض اذا كان له محل). ونقترح نقل هذه المادة الى مواد المسؤولية العقدية،

وذلك تجنباً للغموض الذي قد يقع فيه بعض الشراح مما يؤدي الى خلط التعـويض العيني بالتنفيذ العيني.

٤- وفيما يتعلق بالفقرة الثانية من المادة (٧٦٤) من القانون المدني العراقي، نقتـرح بتعديل هذه الفقرة على النحو الاتي :- (ان المستأجر الذي يستعمل المأجور علـى خلاف المعتاد يُلزم بأعادة العين المؤجرة الى الحالة التي كانت عليها وبـالتعويض اذا كان له مقتضى).

المراجـــــــع

المصادر باللغة العربية بعد القرآن الكريم :

اولاً : كتب الفقه الاسلامي واللغة العربية:-

١- ابن جزي ، محمد بن احمد الغرناطي المالكي الكلبي (٧٤١هـ) – قـوانين الاحكـام الـشرعية ومسائل الفروع الفقهية ، دار العلم للملايين ، بيروت ، ١٩٨٥م.

٢- ابن رشد ، ابو الوليد محمد بن احمد (ت ٥٢٠هـ) – المقدمات الممهدات، ج٢، مكتبـة المثنـى، بغداد، بلا سنة طبع.

٣- أبن قيم الجوزية، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن ابي بكر الدمشقي- أعلام الموقعين عند رب العالمين، ج٢ ، ط١، مطبعة السعادة بمصر، ١٣٧٤هـ، ١٩٥٥م.

٤- ________ - زاد المعاد في هدي خير العباد، ج٥، تحقيق شـعيب الأنـؤوط، ط١٤، مدرسـة الرسالة، بيروت، ومكتبة المنار الإسلامية، الأردن، ١٤٠٧هـ، ١٩٨٦م.

٥- أبن منظور- لسان العرب، المحيط ، دار لسان العرب، بيروت ، بلا سنة طبع.

٦- أبو عبد الله محمد بن إسماعيل- صحيح البخاري، ج٢، مطبعة دار إحياء الكتب العربية، بيروت ، بلا سنة طبع.

٧- الأصبحي، الأمام مالك بن أنس (ت ١٧٩هـ) – المدونة الكبرى، ج٦، دار صادر بيروت، مصورة عن طبعة مطبعة السعادة بمصر، ١٣٢٣هـ.

٨- الأمامان موفق الدين بن قدامة وشمس الدين بن قدامة المقدسي- المغني، ج٥، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع، بيروت ، ١٩٨٣م.

٩- البجنوردي ، السيد ميرزا حسن الموسوي- القواعد الفقهية، ج٢ ، مطبعة الآداب ، النجف الأشرف، ١٣٩١هـ، ١٩٧١م.

١٠- بعلا الجعكفي، محمد بن علي بن محمد علي (ت ١٠٨٨هـ) – رد المختار على الدر المختار، حاشية أبن عابدين، ج٤ ، مطبعة دار أحياء الكتب العربية الكبرى، بلا سنة طبع.

١١- الترمذي، أبو عيسى – صحيح الترمذي بشرح أبن العرب، ج٩ ، ط١ ، المطبعة المصرية بالأزهر' ١٣٥٠هـ.

١٢- الجمل، سليمان بن عمر بن منصور، (ت ١٢٠٤هـ) – حاشية الجمل على المنهج، ج٥ ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت ، بلا سنة طبع.

١٣- الحر العاملي، الشيخ محمد بن الحسن- وسائل الشيعة الى تحصيل مسائل الشريعة، ج١٩، دار أحياء التراث العربي، بيروت ، بلا سنة طبع.

١٤- الحلي، أبو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن- شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام، ج١٤، الطبعة المحققة الأولى، النجف الأشرف، ١٩٦٩م.

١٥- الخوئي، أبو القاسم الموسوي- منهاج الصالحين في المعاملات، ج٢ ، ط٨ ، مطبعة النعمان ، النجف الأشرف، ١٣٩٧هـ.

١٦- السرخسي، شمس الدين- المبسوط، ج١٥ ، ط٢ ، بيروت ، بلا سنة طبع.

١٧- الشهيد الثاني، الشهد السعيد زين الدين البجعي العاملي (ت ٩١١-٩٦٥هـ) – الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، تعليق السيد محمد كلانتر، ج٧، ط١، مطبوعات جامعة النجف الدينية، مطبعة الآداب، النجف الأشرف، ١٣٨٠هـ/ ١٩٦٨م.

١٨- الشوكاني، محمد بن علي (ت١٢٥٠هـ) – نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأبرار، ج٤ ، طبعة دار الجبل، بيروت، ١٩٧٣م.

١٩- الصنعاني، الأمير السيد محمد بن أسماعيل الكحلاني (ت ١١٨٢هـ)- سبل السلام شرح بلوغ المرام، ج٣، تعليق محمد عبد العزيز الخولي، دار الجبل، بيروت، ١٤٠٠هـ/ ١٩٨٠م.

٢٠- الطوسي، الشيخ أبو جعفر محمد بن الحسن بن علي- تهذيب الأحكام، ج١٠، مطبعة النعمان ، النجف الأشرف، بلا سنة طبع.

٢١- الطوسي، الشيخ أبو جعفر محمد بن الحسن بن علي- المبسوط ، ج٣، مطبعة حيدري ، بيروت ، بلا سنة.

٢٢- الظاهري، أبن حزم أبو محمد علي بن أحمد الأندلسي- المحلى (ج٨ و ج١٠)، المكتب التجاري للطباعة والنشر ، بيروت بلا سنة طبع.

٢٣- العسقلاني، الحافظ أحمد بن علي ابن حجر (المتوفي سنة ٨٥٢هـ) – تعليق التعليق على صحيح البخاري، ج٥ ، ط١، دار عمار الأردن، المكتب الإسلامي ، بيروت ، ١٩٨٥م.

٢٤- علي حيدر ، درر الحكام ، شرح مجلة الأحكام، ج٣، بيروت ، بلا سنة طبع.

٢٥- الكاساني، علاء الدين بن مسعود- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج٧ ، ط١، القاهرة ، بلا سنة طبع.

٢٦- الكليني، محمد بن يعقوب- الفروع الكافي، ج٥، ط٣، دار التعارف، بيروت، ١٤٠١هـ.

٢٧- اللبناني، سليم رستم باز- شرح المجلة ، الكتاب الأول، ط٣ ، المطبعة الأدبية، بيروت ، ١٩٢٣م.

٢٨- المدني، القاضي برهان الدين إبراهيم المالكي (ت٧٩٩هـ) – تبصره الحكام في إصول الأقضية ومناهج الأحكام، ج٢، بلا مكان طبع ولا سنة طبع.

٢٩- النوري، الحاج ميرزا محمد حسين الطبري- مستدرك الوسائل ومستنبط المسائل، ج٣، مطبعة دار الخلافة، بيروت ، ١٣٢١هـ.

٣٠- النيسابوري، الأمام مسلم بن الحجاج بن مسلم القشري أبو الحسن حافظ- صحيح مسلم، بشرح النووي الشافعي، تحقيق عبد الله أحمد ابو زينة، المجلد الأول ، مطابع الشعب، القاهرة، بلا سنة طبع.

٣١- الورديغي، عبد القادر بن عبد الكريم- سعد الشموس والأقمار ، شركة الشرق للطباعة المحدودة، بغداد ، ١٤٠٩هـ/ ١٩٨٩م.

ثانيا: الكتب القانونية:-

١- أحمد فتحي زغلول (المترجم) – أصول الشرائع لبنتام، ج١، بدون مكان طبع، طبعة عام ١٣٠٩هـ.

٢- د. أحمد محمود السعد- مفهوم السلطة التقديرية للقاضي المدني، ماهيتها وضوابطها و تطبيقاتها ، ط١ ، دار النهضة العربية ، ١٩٨٨م.

٣- د. أدوار غالي الدهبي- أختصاص القضاء الجنائي بالفصل في الدعوى المدنية، ط١، مطبعة المعرفة، القاهرة ، ١٩٦٤م.

٤- د. إسماعيل غانم – النظرية العامة للألتزامات ، أحكام الألتزام ، المطبعة العالمية، القاهرة، ١٩٥٩م.

٥- ----------، النظرية العامة للألتزام ، مصادر الألتزام، الناشر مكتب عبد الله وهبة، مصر ، ١٩٦٦م.

٦- د. أكرم ياملكي و د. فائق الشماع- القانون التجاري ، مطبعة وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد، ١٩٨٠م.
٧- د. أنور سلطان- النظرية العامة للألتزام ، مصادر الألتزام، دار المعارف، مصر، ١٩٦٢م.
٨- ________ - الموجز في مصارد الألتزام، الناشر منشأة المعارف بالأسكندرية ، ١٩٧٠م.
٩- ________ - الموجز في النظرية العامة للألتزام ، أحكام الألتزام ، دراسة مقارنة بين القانونين المصري واللبناني، دار النهضة العربية، بيروت ، ١٩٧٢م.
١٠- د. توفيق حسن فرج- الحقوق العينية الأصلية، المكتبة القانونية، الدار الجامعية، القاهرة، ١٩٨٨م.
١١- د. جعفر الفضلي- الوجيز في العقود المدنية، مطبوعات جامعة الموصل، ١٩٨٩م.
١٢- د. جلال علي العدوي- أحكام الألتزام- دراسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني، الدار الجامعية ، ١٩٨٦م.
١٣- __________ ، أصول الألتزامات ، مصادر الألتزامات ، منشأة المعارف، الأسكندرية، ١٩٩٧م.
١٤- د. جمال زكي- حسن النية في كسب الحقوق في القانون الخاص، مطبعة جامعة القاهرة ، ١٩٥٢م.
١٥- د. جميل الشرقاوي- الحقوق العينية الأصلية ، ج١ في حق الملكية، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، القاهرة ، ١٩٧٤م.
١٦- __________ ، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مصادر الألتزام، القاهرة ، ١٩٨١م.
١٧- د. حسام الدين الأهواني- المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية، مطبعة جامعة عين الشمس، ١٩٧٥م.
١٨- د. حسن الخطيب- نطاق المسؤولية المدنية التقصيرية والتعاقدية ، مطبعة حداد، البصرة، ١٩٦٨. أصل الكتاب أطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون- جامعة باريس سنة ١٩٥٥م.
١٩- حسن عكوش- المسؤولية العقدية والتقصيرية في القانون المدني الجديد ، ط٢، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٠م.
٢٠- د. حسن علي الذنون- الحقوق العينية الأصلية ، بغداد ، ١٩٥٤م.
٢١- __________ - عقد البيع، بغداد، ١٩٥٤م.
٢٢- __________ - النظرية العامة للألتزامات، مصادر وأحكام الألتزام، بغداد، ١٩٧٦م.
٢٣- __________- المبسوط في المسؤولية المدنية، ج١ في الضرر، مطبعة التايمس، بغداد، ١٩٩١م.
٢٤- د. حسن كيره- الحقوق العينية الأصلية، ج١، القاهرة ، ١٩٦٥م.

خاص بموقع المنشاوي للدراسات والبحوث www.minshawi.com

٢٥- المستشار حسين عامر- المسؤولية المدينة التقصيرية والعقدية ، ط١، مطبعة شركة المساهمة، القاهرة، ١٩٥٦م.

٢٦- __________- التعسف في إستعمال الحقوق وألغاء العقود ، ط١، مطبعة مصر شركة مساهمة مصرية، ١٩٦٠م.

٢٧- د. حلمت بهجت بدوي- أصول الألتزامات ، ج١ في نظرية العقد، القاهرة، ١٩٤٢م.

٢٨- د. حمدي عبد الرحمن – الحقوق والمراكز القانونية، القاهرة، ١٩٧٥- ١٩٧٦م.

٢٩- د. زهدي يكن – المسؤولية المدنية أو الأعمال غير المباحة، ط١، شركة الطبع والنشر اللبنانية، المكتبة العصرية، بيروت، بلا سنة طبع.

٣٠- __________ - شرح قانون الموجبات والعقود، ج١، ط٢، دار الثقافة ، بيروت، بلا سنة طبع.

٣١- زهير المارتيني- الوجيز في نظرية الألتزام، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، ١٩٦٦- ١٩٦٧م.

٣٢- د. سعاد الشرقاوي- قضاء الألغاء وقضاء التعويض، الناشر دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة طبع.

٣٣- د. سعدون العامري- تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية، وزارة العدل ، بغداد، ١٩٨١.

٣٤- د. سعيد عبد الكريم مبارك، شرح الحقوق العينية الأصلية، بغداد، ١٩٧٣م.

٣٥- د. سلمان محمد الطماوي- القانون الأداري، الكتاب الثاني في قضاء التعويض والألغاء، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٦م.

٣٦- د. سليمان مرقس- الموجز في البيع والإيجار، القاهرة، ١٩٥٨م.

٣٧- __________ - المسؤولية المدنية في تقنينات البلاد العربية، القسم الأول، مطبعة الجيلاوي، القاهرة ، ١٩٧١م.

٣٨- __________ - الوافي في شرح القانون المدني، المجلد الثاني في الالتزامات ، الفعل الضار والمسؤولية المدنية، القسم الأول في الأحكام العامة، ط٥، مطبعة السلام، القاهرة، ١٩٨٨م.

٣٩- د. سهيل الفتلاوي- حقوق المؤلف المعنوية في القانون العراقي- دراسة مقارنة، منشورات وزارة الثقافة والفنون، بغداد، ١٩٧٨م.

٤٠- الأستاذ شاكر ناصر حيدر- الموجز في الحقوق العينية الأصلية، مطبعة سعد، بغداد، ١٩٧١م.

٤١- شفيق شحاته- النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الإسلامية ، ج١، بلا مكان طبع ولا سنة طبع.

٤٢- د. شوقي عمر أبو خطوة- القانون الجنائي والطب الحديث- دراسة تحليلية مقارنة لمشروعية نقل وزرع الأعضاء البشرية، ط٢ / مطبعة جامعة المنصورة بمصر، ١٩٩٤م، أصل الكتاب أطروحة دكتوراه الدولة في القانون من جامعة ليموج ، فرنسا، ١٩٨٧م.

٤٣- د. صبحي المحمصاني- النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية ، ج١، ط٢، دار العلم للملايين ، بيروت ، ١٩٧٢م.

٤٤- د. صبري حمد خاطر- الغير عن العقد (دراسة في النظرية العامة للالتزام)، ط١، الناشر الدار العلمية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ، الأردن ، ٢٠٠١م. (أصل الكتاب أطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون جامعة بغداد، ١٩٩٢م- دراسة مقارنة بين القانون الفرنسي والعراقي).

٤٥- د. صبيح مسكوني- القانون الروماني ، ج١، ط٢، مطبعة شفيق ، بغداد، ١٩٧١م.

٤٦- د. صلاح الدين الناهي- الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، بغداد ، ١٩٦٠م.

٤٧- د. طلبة وهبة خطاب- احكام الألتزام بين الشريعة الإسلامية والقانون- دراسة مقارنة ، ط١، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٣م.

٤٨- د. طه باقر – مقدمة في تاريخ الحضارات القديمة ، ج١، بغداد، ١٩٧٣م.

٤٩- د. عاطف النقيب- النظرية العامة للموجبات ، مصادر الموجبات ، مطبوعات الجامعة اللبنانية، بيروت ، بلا سنة طبع.

٥٠- __________ - المسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي، الخطأ والضرر، ط١، بيروت ، ١٩٨٣م.

٥١- __________ - النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي، الخطأ و الضرر، ط٣، منشورات عويدات ، بيروت ، ١٩٨٤م.

٥٢- د. عامر سليمان- القانون في العراق القديم- دراسة مقارنة ، دار الشؤون الثقافية العامة، ط٢، بغداد، ١٩٨٧م.

٥٣- د. عباس العبودي- تاريخ القانون، كلية القانون والسياسة، جامعة الموصل، ١٩٨٨م.

٥٤- الأستاذ عبد الباقي البكري- شرح القانون المدني العراقي، ج٣ في أحكام الألتزام- دراسة مقارنة، مطبعة الزهراء، بغداد، ١٩٧١م.

٥٥- عبد الجبار احمد شراره- أحكام الغصب في الفقه الإسلامي، مؤسسة الأعلمي، بيروت، ١٩٧٥م.

٥٦- د.عبد الحميد إسماعيل الأنصاري- ضوابط نقل وزراعة الأعضاء البشرية في الشريعة والتشريعات العربية، دراسة مقارنة ، ط١، دار الفكر العربي ، القاهرة، ٢٠٠٠م.

٥٧- د. عبد الحميد الشواربي والمستشار عز الدين الديناصوري- المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء ، القاهرة ، ١٩٨٨م.

٥٨- د. عبد الحي حجازي- النظرية العامة للالتزام ،ج١ في مصادر الالتزام، مطبعة الفجالة الجديدة، مصر ، ١٩٥٣م.

٥٩- __________ - النظرية العامة للالتزام ، ج٢، في مصادر الالتزام ، القاهرة ، ١٩٥٤م.

٦٠- __________ - النظرية العامة للالتزام وفقا للقانون الكويتي - دراسة مقارنة ، ج١، في مصادر الألتزام ، المصادر الأدارية (العقد والأرادة المنفردة)، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٨٢م.

٦١- د. عبد الرحمن البزاز- الموجز في تاريخ القانون ، دار دجلة للطباعة والنشر، بغداد، ١٩٤٨م.

٦٢- عبد الرحمن خضر- شرح القانون المدني، بغداد ، ١٩٥٣م.

٦٣- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري- نظرية العقد ، دار الفكر للطباعة والنشر، القاهرة، ١٩٣٤م.

٦٤- __________ - أحكام الالتزام ، القاهرة ، ١٩٣٨م.

٦٥- __________ - الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج١، في مصادر الالتزام ، دار أحياء التراث العربي، القاهرة، ١٩٥٢م.

٦٦- __________ - مصادر الحق في الفقه الإسلامي - دراسة مقارنة بالفقه الغربي، المجلد الأول، ج٣، محل العقد ، دار الفكر العربي للطباعة والنشر والتوزيع، ١٩٥٣- ١٩٥٤.

٦٧- __________ - الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج٢ ، في آثار الالتزام ، دار أحياء التراث العربي، القاهرة ، ١٩٥٦م.

٦٨- __________ - الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج٨، دار النهضة العربية للطباعة للنشر والطباعة، القاهرة، ١٩٦٧م.

٦٩- د. عبد الرشيد مأمون شديد- الحق الأدبي للمؤلف، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٨م.

٧٠- د. عبد السلام التونجي- المسؤولية المدنية للطبيب- في الشريعة الإسلامية وفي القانون السوري والمصري والفرنسي، حلب ، سوريا، ١٩٦٦م.

٧١- د. عبد العزيز عامر- دروس في حق الملكية، دار النهضة العربية، المطبعة العالمية، القاهرة ، ١٩٦٧م.

٧٢- د. عبد الفتاح عبد الباقي- محاضرات في العقود المسمات، مطبوعات جامعة القاهرة، ١٩٥٢م.

٧٣- __________ - موسوعة القانون المدني، نظرية العقد والأرادة المنفردة، بدون مكان طبع ، ١٩٨٤م.

٧٤- د. عبد المجيد الحكيم- الموجز في شرح القانون المدني، ج١، مصادر الالتزام، ط٢، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، ١٩٦٣م.

٧٥- __________- الموجز في شرح القانون المدني العراقي، ج١، في مصادر الالتزام، ط٥، بغداد، ١٩٧٧م.

٧٦- __________- الموجز في شرح القانون المدين العراقي، ج٢، في أحكام الالتزام، ط٣ ، بغداد ، ١٩٧٧.

٧٧- د. عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير- الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، ج١ في مصادر الالتزام، مطبوعات جامعة بغداد، بدون سنة الطبع.

٧٨- د. عبد المنعم البدراوي- النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، ج٢، في احكام الالتزام ، مطبعة المدني، القاهرة، بلا سنة طبع.

٧٩- __________ - شرح القانون المدني المصري في الحقوق العينية الأصلية، ط٢، القاهرة ، ١٩٦٠م.

٨٠- د. عبد المنعم فرج الصدة – حق الملكية ، ط٢، مطبعة مصطفى الجلبي، القاهرة ، ١٩٦٧م.

٨١- __________ - مصادر الالتزام ، دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري، دار النهضة العربية، بيروت ، ١٩٧١.

٨٢- __________ - نظرية الالتزام ، دار النهضة العربية، بيروت ، ١٩٧٨م.

٨٣- د. عبد الودود يحيى – الموجز في النظرية العامة للالتزامات ، القسم الثاني، أحكام الالتزام ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٦م.

٨٤- د. علي الخفيف – الضمان في الفقه الإسلامي ، معهد البحوث والدراسات العربية، ١٩٧١.

٨٥- علي السيد عبد الكريم الصافي – الضمان في الفقه الإسلامي (أسبابه ومجالاته في العقود) – دراسة مقارنة ، مطبعة الآداب ، النجف الأشرف، ٧٤-١٩٧٥م. أصل الكتاب رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الآداب ، جامعة بغداد، ٧٤-١٩٧٥م.

٨٦- د. عوض أحمد أدريس- الدية بين العقوبة والتعويض في الفقه الإسلامي المقارن ، ط١، دار مكتبة الهلال، بيروت ، ١٩٨٦م.

٨٧- د. غني حسون طه- الوجيز في النظرية العامة للالتزام ، الكتاب الأول، مصادر الالتزام ، بغداد، ١٩٧١م.

٨٨- د. فوزي رشيد، الشرائع العراقية القديمة، بغداد، ١٩٧٣م.

٨٩- د. محسن شفيق- نقل التكنولوجيا من الناحية الفنية، جامعة القاهرة، ١٩٨٤م.

٩٠- د. محمد إبراهيم الدسوقي- تقدير التعويض بين الخطأ والضرر، مؤسسة الثقافة الجامعية ، الاسكندرية ، ١٩٧٢م.

٩١- المستشار محمد عابدين – التعويض بين الضرر المادي والأدبي والموروث، الناشر منشأة المعارف بالأسكندرية ، ١٩٩٥م.

٩٢- محمد شكري سرور- موجز النظرية العامة للالتزامات ، ط١، القاهرة ، ١٩٨٥م.

٩٣- محمد طه البشير و د. غني حسون طه- الحقوق العينية، ج١، مطبعة وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد ، ١٩٨٢م.

٩٤- د. محمد عبد المنعم بدر و د. عبد المنعم البدراوي- مبادئ القانون الروماني تأريخه ونظمه، مطابع دار الكتاب العربي بمصر ، ١٩٥٤م.

٩٥- د. محمد علي عرفة- التقنين المدني الجديد، شرح مقارن على النصوص، ط١، الناشر مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، ١٩٤٩م.

٩٦- محمد فوزي فيض الله- نظرية الضمان في الفقه الإسلامي، مكتبة دار التراث ، الكويت ، ١٩٨٦م.

٩٧- د. محمد كامل مرسي- شرح القانون المدني الجديد، ج٢، في الالتزامات ، المطبعة العالمية ، القاهرة ، ١٩٥٥م.

٩٨- د. محمد وحيد الدين سوار- النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام ، ج٢، ط٢، المطبعة الجديدة، دمشق ، ١٩٨٩م.

٩٩- د. محمود جمال الدين زكي- مشكلات المسؤولية المدنية، ج١، في أزدواج أو وحدة المسؤولية المدنية ومسألة الخيرة، مطبعة جامعة القاهرة، القاهرة، ١٩٧٨م.

١٠٠- محمود شلتوت- الإسلام عقيدة وشريعة، ط١٤، دار الشروق، القاهرة ، ١٩٩٧م.

١٠١- د. محمود سعد الدين شريف- شرح القانون المدني العراقي ، نظرية الالتزام، ج١، في مصادر الالتزام، مطبعة العاني ، بغداد، ١٩٥٥م.

١٠٢- د. محمود الكلاني- عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا ، دراسة تطبيقية ، مطبعة عبير، حلوان ، ١٩٨٨م.

١٠٣- د. مصطفى الجمال- النظرية العامة للالتزامات ، الدار الجامعية، الأسكندرية، ١٩٨٧م.

١٠٤- د. مقدم السعيد- التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية- دراسة مقارنة، ط١، دار الحداثة للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت ، لبنان ، ١٩٨٥م.

١٠٥- د. منصور مصطفى منصور- حق الملكية في القانون المدين المصري، القاهرة ، ١٩٦٥م.

١٠٦- د. نبيل إسماعيل عمرو- سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية ، ط١، منشأة المعارف الأسكندرية ، ١٩٨٤م.

١٠٧- نجيب شقر- المسؤولية ، ج١، ط١، مطبعة المعارف بمصر، ١٩٠٤م.

١٠٨- د. هاشم الحافظ ومحمد طه البشير- القانون الروماني، الأموال والالتزامات، ج٢، بغداد، ١٩٨٨م.

١٠٩- د. وحيد رضا سوار- القانون المدين الجزائري، ج١، في التصرف القانوني، دار الشعب ، القاهرة ، ١٩٧١م.

١١٠- ــــــــــــــ - التصرف القانوني في القانون المدني الجزائري، معهد البحوث والدراسات العربية، دار الشعب ، القاهرة ، ١٩٧٥م.

١١١- د. وليم سليمان قلادة – التعبير عن الارادة في القانون المدني المصري- دراسة مقارنة ، ط١، المطبعة التجارية الحديثة، القاهرة ، ١٩٥٥م.

١١٢- د. يوسف نجم جبران- النظرية العامة للموجبات ، مصادر الموجبات القانون الجرم وشبه الجرم، الجزائر ، ١٩٧٨م.

خاص بموقع المنشاوي للدراسات والبحوث www.minshawi.com

ثالثاً: البحوث:-

١- د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل- التقدير القضائي للتعويض، بحث منشور في مجلة المحامي الكويتية، السنة (٨)، إعداد (إبريل – مايو – يونيو) ، ١٩٨٥م.

٢- د. حسن الخطيب- تعويض الأضرار المحدثة، بحث منشور في مجلة ديوان التدوين القانوني، العدد (٣)، أيلول (السنة الأولى) ، بغداد، ١٩٦٢م.

٣- د شمس الدين الوكيل- أثر الغش على الأسبقية في التسجيل، بحث منشور في مجلة الحقوق، السنة (٨) ، العدد الثاني، مطبعة جامعة الاسكندرية، ١٩٥٥م.

٤- د. صبري حمد خاطر- الالتزام قبل التعاقد بتقديم المعلومات المتعلقة بالعقد، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية ، كلية القانون جامعة بغداد، المجلد (١١)، العدد الأول، ١٩٩٦م.

٥- ________ - الاحتفاظ بالملكية- دراسة تأصيلية في عقد البيع، بحث منشور في مجلة الحقوق، تصدر عن جامعة صدام، المجلد الرابع، العدد الخامس، السنة/ تموز ٢٠٠٠م.

٦- د. عبد اللطيف البلداوي- التزامات الجوار، بحث منشور في مجلة القضاء، العدد (١) و (٢) ، السنة (٢٩)، كانون – حزيران عام ١٩٧٤م.

٧- محمد صبري الجندي- في ضمان الضرر المعنوي الناتج عن فعل ضار، بحث منشور في مجلة دراسات ،علوم الشريعة والقانون ، المجلد (٢٦) ، جامعة اليرموك، الاردن، ملحق عام ١٩٩٩م.

رابعاً/ الرسائل الجامعية :-

١- إبراهيم بن الحديد- السلطة التقديرية للقاضي المدني، دراسة تحليلية نقدية، رسالة ماجستير مقدمة الى معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، ١٩٨٩م.

٢- إبراهيم محمد شريف- الضرر المعنوي وتعويضه في المسؤولة التقصيرية، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٨٩م.

٣- أسماء صبر علوان العيثاوي- المسؤولية المدنية لطبيب الأسنان- دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية صدام للحقوق، جامعة صدام ، ٢٠٠٠م.

٤- باسم محمد رشدي- الضرر المادي الناتج عن الأصابة الجسدية، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون ، جامعة بغداد، ١٩٨٩م.

٥- سلام منعم مشعل العلي- الحلول العيني وتطبيقاته في القانون العراقي والمقارن، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية صدام للحقوق، جامعة صدام ، ١٩٩٩م.

٦- سليمان براك دايح الجميلي- المفاوضات العقدية- دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية صدام للحقوق، جامعة صدام ، ١٩٩٨م.

٧- د. عباس زبون العبودي- التعاقد عن طريق وسائل الأتصال الفوري، أطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون ، جامعة بغداد، ١٩٩٤م.
٨- د. عزيز كاظم جبر- الضرر المرتد وتعويضه في المسؤولية التقصيرية- دراسة مقارنة، كلية القانون جامعة بغداد، ١٩٩١م.
٩- د. عماد الملا حويش- تعويض الاضرار الناشئة عن العمل غير المشروع، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون ، جامعة بغداد، ١٩٨٠م.
١٠-د. فاروق عبد الله كريم البرخي- الضرر المعنوي وتعويضه في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستر مقدمة الى كلية الشريعة ، جامعة بغداد، ١٩٩٠م.
١١-د. محمد أحمد رمضان- المسؤولية المدنية عن الأضرار في بيئة الجوار- دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية، أطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون ، جامعة بغداد، ١٩٩٣م.
١٢-د. محمد جابر الدوري- مسؤولية المقاول والمهندس في مقاولات البناء والمنشآت الثابتة بعد إنجاز العمل وتسليمه – دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون جامعة بغداد ، ١٩٧٥م.
١٣-محمد حنون جعفر آل حمرة- الاعتبارات المؤثرة في تقدير التعويض عن الفعل الضار، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية صدام للحقوق ، جامعة صدام ، ٢٠٠٠م.
١٤-محمد عبد سليمان الحراحشة- فكرة عدم سريان التصرف القانوني- دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون ، جامعة بابل، ١٩٩٩م.
١٥-نظام جبار طالب الموسوي- فكرة الضرر الجمالي- دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية صدام للحقوق ، جامعة صدام ، ٢٠٠٠م.
١٦-هشام فالح طاهات- سلطة القاضي التقديرية في فسخ العقد- دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون ، جامعة بابل، ١٩٩٨م.
١٧-همزة خسرو عثمان- نظرية تحمل التبعة وتطبيقها في التشريع المقارن، رسالة ماجستير مقدم الى كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٨٨م.
١٨-هيثم حامد خليل المصاره- عمليات زرع الأعضاء البشرية- دراسة مقارنة في القانون المدني، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون جامعة الموصل، ١٩٩٩م.
١٩-وليد خالد عطية الجابري- فكرة الالتزام العيني وتطبيقاتها في القانون المدني- دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٩٧م.

خامساً/ الموسوعات والأعمال التحضيرية:-

١- مشروع القانون المدني العراقي الجديد، أصدار وزارة العدل، جمهورية العراق، ١٩٨٦م.
٢- مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني العراقي النافذ، إعداد الاستاذ ضياء شيث خطاب (وآخرون) ، ج٢، مطبعة الزمان، بغداد، ٢٠٠٠م.

خاص بموقع المنشاوي للدراسات والبحوث www.minshawi.com

٣- مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج٢، أصدار وزارة العدل المصرية، مطبوعات دار الكتاب العربي بمصر، بلا سنة طبع.
٤- الموسوعة العدلية، العدد (٧٧) ، لسنة ٢٠٠٠م، تصدر عن مكتبة شركة التأمين الوطنية.

سادساً/ المجموعات الفضائية والمجلات:-

١- قضاء محكمة التمييز، يصدرها المكتب الثقافي في محكمة التمييز، وزارة العدل، جمهورية العراق، ج٦، قرارات سنة ١٩٥٧م.
٢- قضاء محكمة التمييز – المجلد الثالث، قرارات سنة ١٩٦٥م.
٣- قضاء محكمة التمييز – المجلد الرابع، قرارت سنة ١٩٦٦/ ١٩٦٧م.
٤- القضاء المدني العراقي، إعداد الاستاذ سلمان بيات، ج٢، شركة النشر والطباعة الأهلية، بغداد، ١٩٦٢م.
٥- المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز، إعداد (الاستاذ إبراهيم المشاهدي)، بغداد، ١٩٨٨م.
٦- المختار من قضاء محكمة التمييز، إعداد (الاستاذ إبراهيم المشاهدي، القسم المدني ، الاجزاء (٢ و ٣ و ٤و ٥) ، مطبعة الزمان، بغداد، ٢٠٠٠م.
٧- مجلة القضاء لسنة ١٩٥٥م/ العدد الأول
٨- مجلة القضاء لسنة ١٩٥٧م/ العدد الأول
٩- مجلة القضاء لسنة ١٩٥٩م/ الأعداد (٢و ٣ و ٤)
١٠-مجلة القضاء لسنة ١٩٦٢م/ العدد الاول.

سابعاً/ القوانين:-

١- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١م.
٢- القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨م
٣- القانون المدني السوري رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٩م
٤- قانون الموجبات والعقود اللبناني لسنة ١٩٣٤م
٥- القانون المدني الليبي لسنة ١٩٥٤م
٦- القانون المدني الجزائري لسنة ١٩٧٥م
٧- القانون المدني الاردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦م
٨- القانون المدني الكويتي لسنة ١٩٨١م
٩- قانون المعاملات المدينة لدولة السودان الديمقراطية لعام ١٩٨٤م
١٠-قانون المعاملات المدنية لدولة الامارات المتحدة لسنة ١٩٨٥م
١١-قانون الملكية العقارية اللبناني

خاص بموقع المنشاوي للدراسات والبحوث www.minshawi.com

١٢-مجلة الاحكام العدلية

١٣-قانون التسجيل العقاري العراقي رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١م المعدل.

١٤-قانون الاستملاك رقم ١٢ لسنة ١٩٨١ م المعدل

١٥-قانون التنفيذ العراقي رقم ٤٥ لسنة ١٩٨٠م المعدل

١٦-قانون براءة الاختراع والنماذج العراقية رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٠م المعدل

١٧-قانون حماية حق المؤلف العراقي رقم ٣ لسنة ١٩٧١م المعدل

١٨-القانون المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤م

١٩-تشريع الالتزامات السويسري لسنة ١٨٨١م

٢٠-قانون الالمانيا الأتحادي لسنة ١٩٠٠م

٢١-القانون المدني الاسباني

ثامناً/ قرارات مجلس قيادة الثورة:-

١- القرار المرقم ٨١٧ في ٢١/ ٦/ ١٩٨١م/ المنشور في الوقائع العراقية بالعدد ٢٨٣٩ في ١٣/ ٧/ ١٩٨١م

٢- القرار المرقم ٩٠ في ٢١/٨/ ١٩٩٦م/ المنشور في الوقائع العراقية بالعدد ٣٦٣٣ في ٢/ ٩/ ١٩٩٦م

٣- القرار المرقم ١٠٣ في ١١/ ٨/ ١٩٩٧م / المنشور في الوقائع العراقية بالعدد ٣٦٨٣ في ١٨/ ٨/ ١٩٩٧م.

المراجع الاجنبية باللغة الفرنسية

1- Aktham El- Kholy – La reparation en nature, these , paris , 1954.
2- Aubry et Rau- Obligations, t6, 1951. Par Esmein.
3- ___________- Obligations, t4, 1942.
4- Aussel (j.) – Essai sur La notion de tiers en droit civil Francais, these, Monpellier, 1953.
5- Barroult (j.)- Essai sur Le role du silencc createur d' obligations, these, Dijon , 1912.
6- Benain Ohayon – Responsabilite, du medecin en chirargie esthetique, these, paris , 1996.
7- Boiron Jeanlouis – Dommage corporel , these, Paris , 1995.

8- Boissonade (G.) – Essai d'une explication nouvelle de la theorie de la transcription, Rev. Prat. de droit Francais, 1870.
9- Brnn- Rapports et domaines des responsabilite contractuelle et de'I ictuelle, these ,Lyon , Paris, 1931.
10- Capitant (H.) et Colin (A.) et Julliot de la Morandiere- Cours elementaire du droit civil Francais, t2 , 10 ed , 1948.
11- ______________________ - Traite Pratique de droit civil, t2 , Paris , 1959.
12- Chabas (j.) – De la declaration de volonte en droit civil Francais, these, Paris, 1931.
13- Colin et Capitant- Cours elementaire du droit civil Francais , t2, 1953.
14- Demogue (R.) – Traite des obligations en generl , t4 , Paris , 1923-1933.
15- Dragur – L' execution en nature des contrats, these , Paris , 1939.
16- Hassen Aberkane – Essai d'une d'unetheorice general L'obligation Propter rem droit positif Francais, 1958.
17- Hugueney (L.) – L'idee de peine privee en droit contemporain, these , Dijon, 1904.
18- Josserand (L.) - La responsablite envers soi- meme, Chronique D. H. 1934.
19- _____________ - L'esprit de droit , 2 ed, Paris , 1939.
20- _____________- Cours de droit civil Positif Francais, 3ed, 1939.
21- Jozie Vedale- Theorie generale de la fraude de droit Francais, these , Toulouse , 1957.
22- Kayser- L'astreinte juridicaire et la responsabilite civil , Rev. Trim, 1953.
23- Ihering- De oeuvres choisies de L'interet dans les contrats, t2 , 1893.
24- LaLou (H.)- Traite Pratique de la responsabilite civil , 4ed, Paris, 1949.
25- Leyat- La responsabilte dans les rapports de voisinage , these , Toulouse, 1936.
26- Lucienne Ripert – La reparation du prejudice dans la responsabilite delictuelle, these , Paris , 1933.
27- Marcille – De L'execution en nature des obigations de fair ou de pas faire, these , Rennes , 1931.
28- Martin de la Moutte (j.) – L'acte juridique unilateral, these , Toulose, Paris , 1951.
29- Mazeaud Henri et Leon – Traite theorique et Pratique de la responsabilite civil deleictuelle et cintractuelle, (t1 et t3) , 4ed, Paris, 1948- 1950.
30- Mazeaud (Henri et leon) et Tunc (A.) – Traite de la responsabilite civil , t3, 5ed, Paris.
31- ____________________ - Traite theorique et Pratique de la responsabilite civil , t1, , 6ed , Paris , 1965.

32- Planiol- Traite elementaire de droit civil, t2, 9ed , 1923.
33- Planiol , Ripert et Esmein – Traite Pratique de droit civil Fransais , Obligatisns, t6, 2ed, Paris, 1952.
34- Planiol , Ripert et Picard- Traite Pratique de droit civil Fransais, t3, Les biens , 2ed , paris , 1952.
35- Ripert (G.) – Les dommages – interets en monaie etrangere. Rev. crit. 1926.
36- _______________- La regla morale dans les obligations civiles, 4ed, 1949.
37- Ripert (G.) et Boulanger – Traite elementaire de droit civil de Planiol , t2 , 4ed , 1952.
38- _______________ - Trite de droit civil, t2 , Paris , 1957.
39- Roubier – Distinction entre L'action en contrefacon et L'action en concarrence deloyale . Rev. Trim, 1952.
40- _______________ - Le droit de la proprete industrielle, Paris , 1952.
41- Roujou De Bou bee – Essai sur la notion de reparation, Toulouse, 1973.
42- Ruban et J. Vasslon et C. Burillon- Traitement desxanthe lasmas par le laser a argon – Technique , resultats a propes de 101 cas . masson, Paris, 1996.
43- Savatier- Traite de la responsabilite civil en droit Fransais, t2 , 2ed, Paris, 1951.
44- ______________- Regles generales de la responsabilite civil. Rev. Crit. 1934.
45- Starck- Droit civil, t2, 1ed, Paris , 1985.
46- Viney (G.)- Trite de droit civil , les obligations, la responsabili: condition. L. G. D. J. Paris , 1982.
47- Weill (A.) – Le Principe de la relativite de convention, en droit prive Francais, these, paris, 1936.
48- _______________- Droit civil,Les obligution, 4ed, D, 1986.